Ueber

die Ermittlung

des

Sachverhaltes

im

französischen Civilprozesse.

Ein Beitrag vergleichender Studien und beleuchtender Rechtsfälle zur Umbildung des gerichtlichen Verfahrens in deutschen Landen

von

E. Zink,
königl. bayer. Oberappellationsgerichts-Rath.

Erster Band.

Die Abhandlung selbst enthaltend.

München.
Christian Kaiser.
1860.

Sinnspruch.

Verkannte Wahrheit spricht: mich trägt der Meinung Strom;
Jetzt heiß' ich Ketzerei, und künftig — Axiom.

J. A. Seuffert.
(Blätt. f. RA. Bd. VIII. S. 139.)

Inhaltsanzeige.

Einleitung.

Als in der Sitzung der bayerischen Deputirtenkammer vom 19. Novbr. 1847 das alte Desiderium einer gründlichen Reform der Rechtspflege wieder einmal zur Sprache kam, erklärte der Redner der Regierung unter Andern, um auf die Schwierigkeiten eines solchen Unternehmens hinzuweisen: „Ein deutscher Jurist müsse in mancher Beziehung so zu sagen sein Wissen vergessen, um ein tüchtiger Pfälzer Jurist zu werden, wenn er nicht auf diesem fremden Boden straucheln solle" [1]). Dieses Wort, damals mit ungläubigem Lächeln aufgenommen, enthält eine tief gehende Wahrheit; nur bedarf sein richtiges Verständniß einer näheren Erläuterung.

Neue Bücher sind meistens dazu bestimmt, etwas daraus lernen zu können; der hier nachfolgende Traktat setzt sich die bescheidene Aufgabe, einen kleinen Cursus jener angepriesenen Oblivionen zu eröffnen, aus dem Rinnsale des modernen Lethe, womit Themis die Pfalz umschlängeln soll, einen Becher zu schöpfen, ihn seinen Lesern, wenn er welche finden sollte, darzureichen und damit dem Geiste deutscher Rechtsgelehrsamkeit in seinen unglücklichen Verirrungen zu einer heilsamen Verflüchtigung zu verhelfen.

Alle Rechtssprechung zerfällt ihrer Natur nach in zweierlei Verrichtungen, die Feststellung der streitigen Thatsachen und die Anwendung des Rechtes auf das ergründete Faktum. Dieses letztere Geschäft bleibt sich in allen Ländern und unter der Herrschaft aller Gesetze so ziemlich gleich; der Verstand und die gelehrte Bildung aller Richter wird sich leicht in jede Aenderung der Quellen zu finden wissen. Nicht die gleiche Bewandtniß hat es jedoch mit der Ermittlung des Sachverhaltes im Prozesse. Und dennoch ist dieser Punkt eben so wichtig für die Erreichung des vorgesteckten Zieles, als die genaueste Kenntniß der geltenden Gesetze, ein erprobter Scharfsinn

1) Verhandl. der Kamm. der Abgeordneten v. 1847. Prot. Bd. IV. S. 123.

in Auslegung und das feinste Geschick in Anpassung derselben auf jeden vorkommenden Fall. Denn einer Partei ist das gelehrteste Operat einer Entscheidung gleichgiltig und mit seiner Ungunst gleich schwer empfindlich, wenn sie den Prozeß deshalb verliert, weil ihr Richter dasjenige nicht zu sehen vorgibt, was beinahe der Blinde greifen kann, und wenn er da von ihren Beweisen nicht überzeugt sein will, wo ein vernünftiger Zweifel kaum noch möglich ist. Die bekannte Ausflucht des fr. 30 de test. tut. (26, 2) non jus deficit, sed probatio, kann nie eine annehmbare Entschuldigung für eine Rechtspflege in ihrem Ganzen genommen abgeben, wenn die Gesetze selbst zu strenge hiefür bemessen sind und die Erfordernisse, um die richterliche Ueberzeugung zu fixiren, auf eine nicht leicht erschwingliche Stufe gelegt haben.

In der Bewältigung des Rechtspunktes finden sich auch wirklich die deutschen und französischen Gerichte so ziemlich auf gleicher Höhe, aber nicht in der Entwirrung des Sachverhaltes. Hier stehen sich in beiden Ländern zweierlei Systeme scharf gegenüber, deren Vergleichung die deutsche Rechtspflege weit zurück in den Hintergrund eines ungünstigen Schattens stellt. Bei uns in Deutschland feste Beweistheorie nach positiven Regeln und ein engherziges Streben nach formaler Wahrheit; in Frankreich, und was hier dasselbe ist, auf dem linken Ufer des Rheines ungebundene Würdigung der Vorgänge nach dem Inbegriffe der dargebotenen Erkenntnißgründe und ihrem natürlichen Eindrucke auf eine freie Ueberzeugung. Das Beweisverfahren und überhaupt die Feststellung der Thatumstände des Falles tritt daher im französischen Civilprozesse für die deutsche Auffassung über die Linie des Gewöhnlichen und Gemeinschaftlichen als eine Eigenthümlichkeit hervor, welche eben deshalb eine besondere Betrachtung verdient.

Seit einer langen Reihe von Jahren hat sich ein merkwürdiger Einklang der achtbarsten Stimmen darüber gebildet, den Bewohnern des deutschen Bodens die Vorzüge der französischen Rechtspflege anzurühmen und für alle Mängel der ihrigen als ein Rettungsbrett oder Universalmittel zur Nachahmung zu empfehlen; gleichwohl ist aber das eigentliche Wesen derselben, soviel wenigstens das Verfahren in Civilsachen betrifft, noch immer unbekannt, für viele Rechtsgelehrte in Deutschland eine terra incognita, für so manche Richter ein spanisches Dorf. Die Freiheiten, mit denen sich die Richter in Frankreich ergehen, um die Wahrheit der Thatsachen zu ergründen, die leichte Beweglichkeit ihres Urtheiles hierüber und

das wagsame Vordringen ihres Scharfblickes in die geheimsten Verstrickungen der vorkommenden Fälle sind Dinge, von welchen man in deutschen Gerichten noch kaum eine Ahnung hat, und welche uns, wenn wir gelegentlich davon hören, mit Verwunderung erfüllen. Hieraus erklärt sich auch die weitere Folge, daß man in eben dieser Gegend nur zu oft geneigt ist, jede Neuerung, welche sich jener Seite zuwendet, mit Geringschätzung zurückzuweisen, als fiele sie weit über die Gränzen einer besonnenen und Vertrauen erweckenden Rechtssprechung hinaus. Einiges Licht über eine noch so dunkle Sache verbreiten, welche doch lebhaft in den Kampf der Meinungen gezogen ist, scheint daher im Interesse des Fortschrittes zu einer universalen juristischen Bildung zu liegen. Das englische Beweisrecht hat bereits in der deutschen juristischen Literatur eine Monographie gefunden [2]); warum sollte das französische, was uns viel näher liegt und häufiger mit dem deutschen in Berührung kommt, nicht eine gleiche Berechtigung hiezu in sich tragen? Man sollte doch endlich einmal klar sehen, um was es sich bei der Sache denn eigentlich handelt. Auch kömmt es im Grunde nur darauf an, eine alte Verwandtschaft zwischen zwei Abkömmlingen desselben Stammes hervorzusuchen und wieder anzuknüpfen; denn so verschieden auch in den äußeren Formen und so ungewohnt in den Hilfsmitteln, die ihm zu Gebote stehen, der französische Civilprozeß dem ersten Ueberblicke von der deutschen Seite aus entgegentreten mag, so wird dennoch eine nähere Vergleichung mit den entsprechenden Einzelnheiten unseres eigenen Gerichtsverfahrens nicht selten bekannte Anklänge hervorrufen und bald mit der Entdeckung überraschen, wie nahe oft die parallelen Richtungen auf beiden Seiten in dem Verfolge desselben Zieles aneinander streifen, wenn nur die analogen Gesichtspunkte hiefür angedeutet und die Stellen, an denen sie sich berühren, für das Auge einigermaßen aufgeritzt werden.

Seit einer geraumen Zeit ist bereits die Partikulargesetzgebung der deutschen Staaten in einem müheseligen Kreislaufe befangen, das gerichtliche Verfahren umzugestalten und dabei dem Vorbilde, welches ihr der französische Prozeß mit seiner natürlichen Fruchtbarkeit entgegenhält, der Hauptsache nach zu folgen. Die liberale Richtung des Zeitgeistes hat überall mächtig in diese Bahn hinübergedrängt, die glücklichen Erfolge des Versuches, welcher vorläufig mit der Strafrechtspflege gemacht wurde, sind gewiß dazu geeignet,

2) Best's englisches Beweisrecht, bearbeitet von Marquardsen.

jene Tendenz nur noch zu verstärken. In Bayern besteht wenigstens der Form nach sogar eine feierliche Verheißung, jenen Weg einzuschlagen, der Art. 15. des s. g. Grundlagengesetzes von 1848 nämlich, welcher verordnet, „bei der Ausführung eines neuen Sy„stemes der Gesetzgebung von den auf dem deutschen linken Rhein„ufer bestehenden Einrichtungen auszugehen und die consequente „Durchführung ihrer Grundprinzipien festzuhalten" 3). Wie sollte es aber möglich sein, eine so radikale Reform unseres Rechtswesens glücklich durchzuführen, wenn zur Zeit noch jede Vorbereitung der Geister hiefür bei den Richtern wie bei den Anwälten, in den höheren und niederen Regionen des praktischen Lebens vermißt wird? Die Hinweisung auf das neue Gesetz und die Vorschriften, welche dasselbe aufstellen wird, läßt sich hiefür wohl kaum als ein genügendes Auskunftsmittel betrachten; wenn man in einem deutschen Lande die französische Civilprozeß-Ordnung etwa in einer modificirten Ueberarbeitung einführen wollte, wie solches vor einem Jahrzehnte mit dem Gesetzbuche über das peinliche Verfahren geschah, so würde hiemit nur wenig Ersprießliches geleistet sein und gewiß die bitterste Enttäuschung dem Versuch auf dem Fuße nachfolgen. Es würde ganz der Fall eintreten, den der englische Kanzler Baco mit den Worten andeutet: leges novae in complexu mortuarum perimuntur (de Just. aphor. 67.). Die französische Civilprozeß-Ordnung, hierin wesentlich verschieden von der in Criminalsachen, ist beim Lichte besehen Nichts als eine großartige Novelle, welche das ganze Gebiet des gerichtlichen Verfahrens durchstreift; zahlreiche Mittel der Erledigung, wichtige Ausflüsse und Verzweigungen der richterlichen Amtsgewalt, welche doch in unbezweifeltem Ansehen und täglicher Uebung stehen, hat dieselbe weder berührt noch ihnen einen Ausdruck verliehen; sie brauchte auch solches nicht zu thun, weil sie bereits in dem Geiste der ganzen Rechtssprechung, in den Ueberlieferungen der Richter und den Gewohnheiten der Anwälte tiefe Wurzel schlugen und ihre Vererbung auf kommende Geschlechter dadurch hinlänglich gesichert war. Nichts ist aber schwieriger, als diesen unsichtbaren und nur in der gleichförmigen Handhabung fortlebenden Theil eines Rechtssystemes mit der Einführung des Wortlautes der Gesetze auf ein neues Gebiet zu verpflanzen; gleichwohl ist dieser Uebergang so wichtig, daß hievon zum größten Theile der entsprechende Erfolg einer ganzen Institution abhängt. Die ge-

3) Ges.-Blatt v. 1848 S. 143.

wöhnlichen Hilfsmittel, um jene Uebereinstimmung in den Rechtszuständen zu erzielen, würden also hier ihre Anwendung großen Zufälligkeiten blosstellen [4]).

Ein Umstand, welcher diese Schwierigkeit noch zu erhöhen droht, besteht in der Ungenauigkeit der deutschen Ansichten über das dynamische Verhältniß zwischen dem deutschen und dem französischen Civilprozesse. Eine weit verbreitete, und man kann wohl sagen, die gewöhnliche Meinung geht dahin, die großen Prinzipien des französischen Prozesses, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nebst einigen anderen Formen, in denen das Verfahren äußerlich seinen Umlauf nimmt, seien die Hauptsache bei seiner vorzüglichen Tüchtigkeit; nur auf sie komme Alles an, um eine gründliche Umgestaltung zu erzielen. Hätte ihnen einmal ein neues Gesetz die Weihe seines Ansehens verliehen, so würden sie für sich allein genügen, um mit einem Zauberschlage auch den Geist, der in ihnen wohnt und das innere Wesen mit frischer Lebenskraft erfüllt, von selbst mit zum Ueberspringen zu vermögen; man dürfe alsdann sicher sein, auf dieselben günstigen Erfolge rechnen zu können. Einige Entwürfe zu deutschen Prozeßgesetzen, wie sie von Zeit zu Zeit in den Ministerien hervorzutreten pflegen, bilden die urkundlichen Belege für das Vorwalten jener optimistischen Unterstellung. Kein Irrthum kann indessen entschiedener sein, als derjenige, welcher diesem Ideengange zu Grunde liegt und sich daraus kundgibt; denselben in seiner ganzen Größe an das Licht zu ziehen, ist ebenso dringend im Interesse der Wissenschaft, als von praktischer Bedeutsamkeit für das öffentliche Leben. Die geheimen Springfedern der vorzüglicheren Tüchtigkeit, welche sich in der Rechtsverfassung eines Nachbarlandes bewährt, ruhen auf einem ganz anderen Punkte verborgen. Es liegt nichts daran, ob wir fortfahren, die Prozeßschriften, welche die Theile einreichen, zu extrahiren oder ob die Anwälte Denkschriften, die auf gleichem Fuße verfaßt sind, in öffentlicher Sitzung ablesen; es ist ebenso gleichgiltig, ob die Ladungen fortan vom

4) Professor Gaib in Zürich, ein geborner Pfälzer, bemerkt in seiner „Reform des deutschen Rechtslebens" (Leipzig 1848) S. 89: „Fassen wir alles bisher Gesagte noch einmal zusammen, so liegt darin der mehr als genügende Beweis für meine obige Behauptung (S. 63), daß wir, was zunächst den Civilprozeß betrifft, uns keineswegs auf eine blose Ueberarbeitung des franz. Gesetzbuches beschränken dürfen, sondern daß unsere hier zu erwartende Reform vielmehr eine völlige Umgestaltung desselben enthalten, daß sie ein eigentlicher Neubau sein muß."

Gerichte selbst ausgehen oder gleich unmittelbar von requirirten Gerichtsboten beschafft werden, ob Zustellungen von Anwalt zu Anwalt vor sich gehen und daher der Instruktion der Sachen die Einwirkung eines Richters fremd bleibt. Es ist ein Punkt von geringer Erheblichkeit, ob in der Rathskammer die Abstimmung bei dem ältesten oder dem jüngsten Rathe ihren Anfang nimmt, der sich doch von dem Ansehen seiner Senioren nie einschüchtern läßt; ob der Präsident in allen Fällen eine durchgehende, oder nur bei Stimmengleichheit eine entscheidende Stimme abzugeben hat. Es ist völlig einerlei, ob die Urtheile von dem Obergerichte aufgehoben oder vernichtet werden, ob die Entscheidungsgründe an ihrer Spitze stehen oder bescheiden hinter dem Urtheilssatze ihren Nachgang nehmen, und was dergleichen zufällige Abweichungen in der Form mehr sind. Dagegen liegt Alles daran, daß das Faktum im deutschen Prozesse endlich einmal von den unseligen Fesseln eines veralteten Formalismus befreit werde, in denen dasselbe ein ungerechtes Mißtrauen in die richterliche Ueberzeugung noch immer gefangen hält; es liegt das Meiste daran, daß sich das richterliche Urtheil über das Vorbringen der Theile auf den Höhepunkt einer freien Ueberschau und Würdigung erheben dürfe, welche jeden Umstand in seinem wahren und natürlichen Lichte erblicken läßt. Es kömmt vor allem Anderen darauf an, daß den Gerichten die Kraft verliehen und das Ansehen wiedergegeben werde, welche nöthig sind, um die erbärmlichen Umtriebe, die sich ihrer Thätigkeit auf jedem Schritte in den Weg legen, mit starkem Arme nieder zu halten und siegreich darüber hinwegzuschreiten; es ist ein Punkt von der höchsten Wichtigkeit, daß man die Gerechtigkeit zu einem neuen Aufschwunge beflügle und ihren Dienern den Muth einflöße, eine energische Ueberlegenheit im Angesichte der schmählichen Winkelzüge zu entfalten, vor denen ihr pflichtmäßiger Eifer bisher stille zu stehen gewohnt war. Es ist eine unerläßliche Bedingniß für jede Aenderung, welche die Begrüßung als Fortschritt zu einer neuen Erhebung der Rechtspflege aus der bisherigen Verkommenheit verdienen will, daß sie den Parteien und ihren Fürsprechern jene schamlosen Ränke und pflichtvergessenen Kunstgriffe für immer verleite, durch welche dieselben bisher den Rechtslauf in endlose Wirrsale zu stürzen ein leichtes Spiel hatten. Das Uebel, was sie damit vermeiden wollen, daß sie jeder gesetzlichen Ordnung Hohn sprechen, muß jedesmal auf die Urheber des Frevels mit einer dreifachen Schwere zurückfallen.

Die Einsicht all' dieser Mißstände und das Bedürfniß, ihnen abzuhelfen, gaben die leicht erklärbare Anregung zu einem Versuche, die besondere Art, wie im französischen Civilprozesse der Sachverhalt behandelt wird, aus dem Zusammenhange des gerichtlichen Verfahrens auszuheben, der Erkenntniß näher zu legen und damit einer vernünftigen Kritik zugänglich zu machen. Die bisherigen Quellen, bei denen man sich über diesen Gegenstand vielleicht Raths erholen möchte, zeigen sich hiefür sehr unzulänglich. Die Gesetze selbst gehen, wie bereits angeführt, über die wichtigsten Punkte, als wären sie selbstverständlich, mit Stillschweigen hinweg und finden ihre unentbehrliche Ergänzung erst in einem feststehenden Gerichtsgebrauche; die doktrinellen Werke aber, welche sich mit dem französischen Civilprozesse befassen, sind für den deutschen Rechtsgelehrten meistens so unverständlich wie die Prozeßordnung selbst, weil sie nicht für die Auffassung vom deutschen Standpunkte aus geschrieben sind, unserer Befangenheit in gewissen Grundregeln und Voraussetzungen, denen wir uns nicht so leicht zu entwinden vermögen, keine Rechnung tragen, weil sie überall lehren, ohne zu sagen, was erst zu vergessen sei. Diese Bemerkung gilt insbesondere von Schlink's Commentar zum französischen Civilprozesse, dem Hauptwerke, welches die deutsche Literatur hierüber aufzuweisen hat[5]). Ein neues Unternehmen, um diese Lücke auszufüllen und jene besondere Abzweigung eines fremden Rechtszustandes durch eine gemeinfaßliche Darlegung aufzuhellen, wird daher wohl kaum in dem Grade hoffnungslos hervortreten, um nicht auf einige freundliche Widerklänge zählen zu dürfen[6]).

Dieselbe Erwägung gab zugleich den natürlichen Fingerzeig für

---

5) Das Wesentliche des franz. Civilprozesses, was Freiherr von Völdernndorf, der Sohn eines pfälzischen Generalprokurators, für nichtrheinische Juristen in einer eigenen Abhandlung zu geben versprach, ist so ziemlich das Formelle und Außerwesentliche, wie der weitere Verfolg dieser Schrift bald zeigen wird. Jener Verfasser erklärt überall das Zifferblatt des pfälzischen Prozesses, berührt aber das Räderwerk nicht, in das er selbst keine klare Einsicht gehabt zu haben scheint

6) Sollte sich in dem Verlauf dieser Abhandlung vielleicht auf dem einen oder dem anderen Punkte eine ungenaue Angabe eingeschlichen haben, so müßte der Verfasser, hierüber zu Rede gestellt, vor Allem diejenigen als Gewährsmänner zu seiner Vertretung in den Streit mit herbeiziehen, welche sich vermöge ihrer früheren und jetzigen dienstlichen Stellung im Besitze der gründlichsten Kenntniß des beiderseitigen Verfahrens befinden, bisher aber der juristischen Literatur einen ähnlichen Versuch noch schuldig geblieben sind.

die Anlage des vorliegenden Werkes, um jenes Ziel leichter erreichbar zu machen, gleichwie für den Maßstab seines Umfanges. Dasselbe zerfällt in zweierlei Bestandtheile, einen theoretischen und einen praktischen; der letztere findet sich am Schlusse in der Form zweier Anhänge begriffen und ist dazu bestimmt, von beiden als der wichtigere zu gelten. Einige Erläuterungen über die Grundsätze und den Gliederbau des französischen Civilverfahrens mußten natürlich an der Spitze vorausgehen, um der Vorstellung eine sichere und leicht eingängliche Grundlage zu geben. Hiefür wurde überall der vergleichende Gesichtspunkt festgehalten, um den Faden des Unbekannten an die Hacken bereits vorfindlicher Begriffe anzuknüpfen und zu zeigen, wie sich eine Idee oder ein praktisches Bedürfniß, welches schon in der Natur der Sache liegt und sich auch im deutschen Prozesse heimisch findet, durch seine Entwicklung im französischen eine verschiedene Bahn gebrochen hat, auf welcher dasselbe Ziel weit einfacher und schneller zu erreichen ist. Eine kritische Uebersicht der entsprechenden Lehren und vorzüglichsten Regeln des deutschen Prozesses, wie dieselben insbesondere durch die bayerische Gerichtsordnung ihre partikularrechtliche Feststellung erhielten, steht deshalb an der Spitze der meisten Abschnitte, um durch den Gegensatz das Eigenthümliche eines jeden Verfahrens besser hervorzuheben und durch eine eindringliche Hinweisung auf die dermalen bestehenden Gebrechen die Aufmerksamkeit nochmals dahin zu leiten, wie dringend sie der Abhilfe bedürfen und wie nahe die Hilfsmittel liegen, welche hiefür offen stehen. Wenn hiebei manche Enthüllungen über Dinge mit einflossen, welche das Licht der Oeffentlichkeit lieber vermieden hätten, so fehlt es hiefür selbst nicht an einem Antriebe, welcher aus der höchsten Region der öffentlichen Macht und Fürsorge herabstieg [7]).

Allein den allerbesten Dienst, um bis auf den innersten Kern der Sache vorzudringen, kann nur die Aufstellung einer längeren Reihe von Urtheilen aus der französischen Rechtsprechung leisten, welche nach der Verschiedenheit ihres Gegenstandes in Gruppen ein-

7) Vgl. Justiz-Ministerial-Reskript vom 1. Mai 1853 Nr. 6826. „In Gemäßheit allerhöchsten Befehles S. M. des Königs wird das Oberappel„lationsgericht angewiesen, am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres einen kurz „motivirten Bericht darüber zu erstatten, was im Gebiete der Rechtspflege mangel„haft und der Verbesserung bedürftig befunden worden sei." — Noch in derselben Woche, wo ihm dieser königliche Erlaß verkündiget wurde, nahm der Verfasser mit dem Beginne des XIV. Abschnittes das hier vorliegende Werk in Angriff.

getheilt sich den vorangehenden Erläuterungen anschließen, die Beispiele und Musterfälle dazu liefern und die freie Beweglichkeit des französischen Urtheiles über den Thatbestand des Falles gleichsam in halb erhabenen Formen ausprägen. Auf diesem Wege allein wird es möglich, von der abweichenden Behandlung jenes mannigfaltigen Stoffes unter der Herrschaft fremder Gesetze eine klare Vorstellung zu geben und damit die Licht- wie die Schattenseite derselben in den Bereich einer leichten Erfaßlichkeit zu stellen.

Der erste Anhang am Schlusse dieser Schrift ist dazu bestimmt, jener Anforderung zu genügen; er eröffnet zu solchem Ende eine lange Gallerie von Urtheilssprüchen der französischen Gerichte über Punkte, welche auf den Sachverhalt Bezug haben oder damit zusammenhängen. Derselbe umfaßt eben darum eine größere Anzahl von Fällen, um der Anschauung von allen Seiten entgegenzukommen, die willkommenen Aufschlüsse zu vermehren und der freien Auswahl einen angemessenen Spielraum zu gewähren. Diese Beispiele sind die unentbehrlichen Folien, aus deren Mitte, zum Busch gebunden, sich die einzelnen Sätze der Abhandlung als Blüthe erheben. Je länger der Blick auf der Verschiedenheit dieser Gestaltungen eines fremden Rechtslebens verweilet, desto mehr wird die Betrachtung den geraden Weg, auf dem die Urtheilsfindung darin nach ihrem Ziele fortschreitet, geläufig und mit seiner Natürlichkeit vertraut machen; die formalistischen Bedenken, welche vielleicht anfangs dagegen auftauchen, werden sich allmälig vertheilen und zuletzt in Nichts zerfließen. Um indessen auch hier wieder das Ebenmaaß mit den vorhergehenden Erörterungen einzuhalten und der Vergleichung einige sichere Anhaltspunkte darzubieten, wurde es unvermeidlich befunden, in einem zweiten Anhange, dem Portfolio der deutschen Praxis einen kleinen Cyclus von Entscheidungen deutscher Gerichte aus der Klasse derjenigen, in denen das Beweisverfahren seinen gewöhnlichen Umschwung nimmt, als Seitenstücke beizufügen. Die Verfolgung dieser beiden Serien gerichtlicher Aussprüche, die sich auf solche Weise in den zwei Anhängen gegenübertreten, wird mit einem Blicke überschauen lassen, wie groß der Abstand sei, welcher zwischen dem Gange und Wesen der Rechtspflege dies- und jenseits des Rheines in Mitte liegt, und auf welche Seite sich das freie Urtheil mit seinem Beifalle hinneige. Wo es sich immer um die Vorzüglichkeit zweier Einrichtungen zu gleichem Zwecke, aber von ungleicher Beschaffenheit handelt, da trägt gewiß nichts mehr dazu bei, ihre Verdienste

richtig abzuwägen, als die Früchte, die sie tragen, in ihrer praktischen Bedeutsamkeit nebeneinander aufzustellen.

Eine Schrift, in dem Sinne wie die hier vorliegende gehalten, wird sich immerhin als ein treuer Vorläufer für jede Reform der Gesetzgebung bewähren, welche sich den französischen Civilprozeß zum Vorbilde nimmt; sie wird die Gefahr des Strauchelns auf dem ungewohnten Boden bedeutend vermindern, denn dieselbe ist ganz darauf berechnet, und auch geeignet, für den Geist, der in jener Institution lebendig waltet, eine größere Empfänglichkeit zu erwecken, neue Ideen hierüber anzuregen und eine Revision der herrschenden in Gang zu bringen. Unbillige Vorurtheile, welche gegen einen solchen Wechsel der Systeme noch im Schwunge sind, werden auf diesem Wege am leichtesten ihre Berichtigung finden. Die Reform muß in den Köpfen in vollem Gange sein, ehe sie in den Gesetzen mit Glück hervortreten kann. Soll etwas Haltbares geschaffen werden, so kömmt Alles darauf an, den Richtern, welche in die neue Bahn einzulenken berufen sind, gleich auf der Schwelle eine gewisse Herzhaftigkeit einzuflößen, sich der neuen Freiheiten, die ihnen zugedacht und unentbehrlich sind, auch ebenso standhaft als mit Umsicht zu bedienen; sie müssen nicht blos Altes vergessen, sondern auch Neues zu lernen sich herbeilassen. Es kömmt darauf an, sie zu vermögen, daß sie einen frischen Anlauf nehmen und kühn über die Gränzen, in welchen bisher ihre Amtsgewalt eingezwängt lag, hinwegsetzen. Findet ihr Eifer nur vorerst Gelegenheit, sich an dem einladenden Beispiele eines fremden Landes zu erbauen, so dürfte sich an ihrem Auftreten bald der Spruch eines alten Dichters bewähren:

Possunt, quia posse videntur.

Aen. L. V. v. 231.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Gegensätze der Auffassung des Faktums im deutschen und französischen Prozesse. Formalismus, Realismus.

Da mihi factum, dabo tibi jus.

Diese sechs Worte würden die beste Aufschrift über den Thüren aller Gerichte bilden. Wo aber das Faktum finden, wo es hernehmen, wenn Parteien und Anwälte, in blindem Eifer für ihr Interesse verrannt, und jeder Achtung uneingedenk, die sie dem Ansehen der Gerichte schuldig sind, vielmehr Alles aufbieten, die Wahrheit zu verdüstern, durch Umtriebe aller Art zu entstellen, und den wahren Verlauf der Sache, um welche sich der Streit bewegt, dem Urtheile ihrer Richter so unergründlich als nur immer möglich zu machen?

Die Grundlage des Faktums im deutschen Prozesse ist die formale Wahrheit, die juridische Gewißheit die schulgerechte Auffassung, ein System fester bis auf die Spitze getriebener Regeln, nach welchen die Wahrheit der Vorgänge zu beurtheilen, und der Einfluß zu bestimmen ist, der jeder eröffneten Quelle auf die volle Erkenntniß eines Thatumstandes zukömmt und verstattet werden darf. Sie legt dem menschlichen Geiste die in Gesetzen, Lehren und Gebräuchen beruhende Nöthigung auf, nur dasjenige als wahr anzunehmen und dafür gelten zu lassen, wofür eine gewisse Anzahl oder gehaltvolle Stärke gehörig beschaffener und strenge gemusterter Beweisgründe dargeboten vorliegt, alles Uebrige dagegen von dem Umkreise eines ernstlichen Bedachtes bei der Anwendung des Rechtes auf den Fall auszuschließen. Sie ist ein Erzeugniß der Schule und des Strebens nach Schulgerechtigkeit, ein Ueberbleibsel der scholastischen Philosophie, ein Ausbund jener veralteten Dialektik des vorigen Jahrhunderts, welche die Wahrheit überall mit den Formeln einer arithmetischen Gleichung ergründen und wie ein Rechnungsexempel vordemonstriren wollte. Sie ist darauf berechnet, die richterliche Ueberzeugung in feste Bande zu schlagen, und glaubt dieses Ziel unfehlbar durch eine Anleitung zu erreichen, dasjenige, was als

wahr annehmbar oder was es nicht sei, mit dem Zirkel auszumessen, auf der Waage abzuwiegen, und zuletzt in die stehenden Gußformen einzuzwängen, welche eine künstliche und engherzige Beweistheorie als den Stein der Weisen aufgestellt oder auf eine tief eingefurchte Bahn gebracht hat. Alle Beweisgründe sind hienach abgeschlossen und müssen in dem ausschließenden Verzeichnisse der Gerichtsordnung eine Stelle einnehmen, um auf Anerkennung rechnen zu können. Ein stehender Tarif hat jedem sein spezifisches Gewicht für das Vollmaaß einer ganzen Wahrheit angewiesen. Zwei Zeugen beweisen nochmal so viel als einer, ein verdächtiger die Hälfte eines klassischen, das gerichtliche Geständniß beweiset vollkommen, das außergerichtliche, wenn voll erwiesen, nur halb soviel, gemeine Vermuthungen höchstens die Hälfte, nur Rechtsvermuthungen machen vollen Beweis, oder überheben vielmehr desselben. Jeder zufließenden Erkenntniß-Quelle findet sich im Voraus eine gewisse Verhältnißzahl als ganzer oder halber, als Viertels- oder Dreiviertelsbeweis aufgeheftet, ja man könnte beinahe in den Bruchzahlen noch weiter herabsteigen, wie z. B. für ein außergerichtliches Geständniß, was nur ein verdächtiger Zeuge bestätiget hat. Fehlt bei der summirenden Zusammenstücklung dieser Beweissteine zuletzt noch Etwas, so muß ein „nothwendiger Eid," wie man ihn zu nennen pflegt, als der ewige Lückenbüßer von Gummi elastikum, der überall hinpaßt, als der unentbehrliche Deus ex machina, der die tiefverborgensten Schätze des Geheimnisses mit Leichtigkeit auf die Oberfläche hebt, die Kluft ausfüllen, ein Erfüllungseid die eine Waagschale hinabziehen, die andere steigen machen, oder ein Reinigungseid gleich einem scharfen Hauche die geringe Wahrscheinlichkeit, die noch federleicht umherschweift, vom Tische hinwegblasen, um das Gewissen der Richter von jedem störsamen Zweifel, über den es sich nicht zu erheben getraut, zu reinigen, oder ihn wie eine flüchtige Wolke als Thau zum Niederschlage zu bringen. Jede Beweisführung, jede Beweis- und Gegenbeweisprüfung ist auf solche Weise ein künstliches Rechenexempel mit Addition und Subtraktion, ein Operat der Schule, ein Sublimat der Gelehrsamkeit, eine geheime Kunst der Eingeweihten vom Fache, ein Produkt der Abwägung aller Beweismittel nach den Regeln einer grauen Theorie, wobei jede freie Kritik ihrer Glaubwürdigkeit, jeder ungebundene Eindruck ihres Gewichtes so viel nur immer möglich ausgeschlossen bleibt, oder in den verdächtigen Hintergrund des Materialismus geschoben wird. Jede Quaestio facti wird auf diesem Wege zur Rechtsfrage erhoben, welche sich immer in dem mühsamen Kreis-

laufe einer gelehrten Forschung umdreht, ob auch alle formellen Bedingnisse vorhanden seien, um eine Thatsache festgestellt zu finden, oder welche Mittel sich sonst darbieten, um aus dem Ungewissen herauszukommen und die regelrechte Grundlage einer Urtheilsfindung zu gewinnen. Den nicht geringen Spielraum, den die Gesetze der freien Beweglichkeit der Richter in der Auffassung des Sachverhaltes noch offen ließen, und zum Theile selbst zur Pflicht machten, hat eine über alles billige Maaß fein ausgesponnene Doktrin, durch einen unerbittlichen Gerichtsgebrauch mit dem Gesetze selbst zu gleichem Ansehen erhoben, längst ausgefüllt und bis auf den Grund verschüttet. Gewissermassen den Höhepunkt seines Umschwunges hat dieses System in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse aus dem J. 1835 erreicht, welches für den unverblümten Typus der Abnegation aller gesunden Kritik gelten kann. 1) Es heißt in einer Stelle seiner Gründe: „Es ist nicht die Sache des nach der Verhandlungsmaxime „verfahrenden Richters, die materielle Glaubwürdigkeit eines Beweis„mittels von Amtswegen der Untersuchung zu unterwerfen. Ihm „hat die juristische, d. i. formelle Wahrheit zu genügen, und in „dieser Hinsicht erscheint das Eingeständniß als Regina probatio„num, da der Verzicht des Beklagten ein wohlerworbenes Recht für „die Klägerin begründet hat." Die hohe Idee der Gerechtigkeit, als einer einfachen und primitiven Vollkommenheit, als eines klaren und von selbst leuchtenden Wesens geht dabei unter dem Drucke formalistischer Künsteleien haufig ganz verloren 2).

Der französische Civilprozeß entbehrt nicht aller Regeln für die Würdigung der Beweise, wie der Wahrspruch der Geschwornen; das Civilgesetzbuch hat es vielmehr auf sich genommen, in den Art. 1315. bis 1369. ein wohlbemessenes Minimum hierauf berechneter Vorschriften den Richtern vorzuzeichnen, die, obwohl zunächst blos

1) Bl. f. RA. B. IX. S. 173.

2) Vergl. hierüber Mittermaier's Einleitung zu Best's engl. Beweisrecht, bearbeitet von Marquardsen, die mit den Worten beginnt: „Die natürlichen Forschungen über die Beweislehren haben zu dem Ergebnisse geführt, daß eine s. g. gesetzliche Beweistheorie, wie sie in der deutschen Wissenschaft ausgebildet, und in den deutschen Gesetzbüchern, z. B. in Bayern, Oesterreich und Andern aufgenommen war, nicht gebilligt werden könne." Ebenso äußert sich derselbe Schriftsteller im Archiv für civil. Praxis Bd. 37. S. 144.: „So gut … ebenso gut muß behauptet werden, daß auch im bürgerlichen Prozesse die Beweistheorie als Inbegriff bindender Vorschriften aufgehoben werden muß." Vgl. auch noch Endemann's Aufsätze über die freie Beweisführung und deren Folgen im Civilprozesse; im Archiv f. civ. Pr. Bd. 41. S. 92 ff.; S. 289 ff.

für das Obligationenrecht bestimmt, dennoch das ganze Rechtssystem beherrschen. Wohin aber diese nicht reichen, da ist der einzige und vorzüglichste Stützpunkt für die Rechtsanwendung im französischen Prozesse die reale Wahrheit, die natürliche und ungebundene Einsicht, die von selbst einleuchtende Annehmbarkeit eines Thatumstandes, sei er positiver oder negativer Beschaffenheit, die gemeinfaßliche, Jedem verständliche und für jeden Denker ohne gelehrten Aufwand ergründliche Gewißheit eines Vorganges, seine zureichende Feststellung mit dem Gebrauche jenes Scharfsinnes, den uns das Licht der Vernunft verliehen hat, mit einem Worte, nicht die formale und kunstmäßige, sondern die natürliche und objektive, die freie und wahrhaftige Wahrheit des Faktums im Prozesse.

Im unablässigen Verfolg dieser Richtung hat der franz. Civilprozeß einen sehr wichtigen und im deutschen Prozesse so schwer vermißten Beweisgrund zum voraus; derselbe besteht in der klaren Evidenz der Thatsachen, in jener Augenscheinlichkeit eines von selbst einleuchtenden Umstandes, welche die gewissenhafte Ueberzeugung der Richter, in ihrer Sprache Religion genannt, mächtig mit sich fortreißt, und sich so unwiderstehlich darin festsetzt, daß jeder Zweifel daran unmöglich oder doch nur kaum vernünftig wäre. Derselbe besteht in der festen und innigen Ueberzeugung, welche der freie Ueberblick, der gesammte Eindruck der Urkunden und Umstände eines Falles der natürlichen Auffassung aufdringt, mag nun dieselbe mit einer gelehrten Bildung gepaart sein oder nicht. Derselbe besteht in jener Feststellung eines Vorganges, welche sich in der hinlänglich aufgeklärten Einsicht von selbst bewirkt, und gar nicht nöthig findet, eine Richtschnur hiefür aufzusuchen, sondern die Fesseln der Beschränkung auf eine solche eher durchbrechen, als deren Anlage dulden würde. Ist aber nach allem Streben diese klare Evidenz nicht erreichbar, ist es, wie in so vielen Fällen, den Richtern nicht gegeben, alle Zweifel zu zerstreuen, so tritt mit vollem Rechte an die Seite und in die Stelle der ersten als ein ebenso kräftiger Ersatz die zureichende Gewißheit, welche immer noch so dringend und dermaßen von nachhaltigem Eindrucke ist, daß es ein auffallendes Unrecht wäre, wenn man einiges Bedenken tragen wollte, derselben die ganz gleiche Folge einzuräumen, wie dem vollen und mehr als vollen Beweise selbst. Man folgt hiebei nur der Anleitung, welche das fr. 114 de R. J. gab: In obscuris inspici solet, *quod verisimilius est.*[3]) Selbst im deutschen und im bayer.

3) Vgl. Anh. I. Nr. 134, 174, 265, 266, 268, 269b, 275.

Prozesse läßt sich für jene allgemeine Erkenntnißquelle der franz. Richter ein analoger Gesichtspunkt zur Aufhellung ausheben. Die Evidentia facti, die Augenscheinlichkeit eines Umstandes, welcher sich der sinnlichen Wahrnehmung darbietet, ist bekanntlich das sicherste und am meisten befreite Beweismittel, welches nicht blos von Amtswegen, sondern auch nach dem Beschlusse der Sache, und selbst noch in der höheren Instanz zu Hülfe genommen werden darf. Bayer. GO. K. XII. §. 3, im Eing. Nr. 5 u. 6; K. XIV. §. 2, Nr. 3. Wird hiebei anstatt des Beschauens mit den Augen als dem Organe eines äußeren Sinnes die erleuchtete Beobachtung und der Reflex aller Umstände eines Falles mit dem vollen Verstande als dem inneren Sinne des Menschen angestellt und eingesogen, so muß jene Evidenz einer höheren Ordnung von selbst auftauchen, welche, obwohl sie im Wege der Vergleichung und Induktion und in zweiter Linie durch Schlußfolgerung erzielt ist, dennoch eine um nichts zurückstehende Kraft zu erreichen vermag, um dem menschlichen Geiste das Anerkenntniß einer Thatsache als wahr gebieterisch aufzuerlegen. Auch liegt in dieser Idee keine Neuerung oder neue Erfindung für das deutsche Rechtsleben. Unseren Voreltern war dieses einfache und natürliche Vorgehen durchaus kein Geheimniß; sie kannten unsere subtilen Theorien nicht, und würden sich mit Recht dagegen gesträubt haben. Die Rückkehr zu der natürlichen Einfalt ihrer Sitten und gerichtlichen Gebräuche ist das Erste und das Unerläßliche, was uns Noth thut, um aus den unseligen Wirrsalen unseres gekünstelten Rechtsganges wieder einen vernünftigen Ausweg zu finden. Nach dem Zeugnisse des Baron Kreittmayr in der Vorrede seiner Anmerk. zur bayer. Gerichtsordnung „wurde ehedem, was vor Gericht kam, kurz durch mündliche Verhöre derjenigen Ordnung nach verhandelt, welche uns die Natur „selbst mehr durch das Licht der Vernunft, als durch papierne „Vorschriften zu erkennen gegeben hat." Konnten die Richter damaliger Zeiten in dieser klaren Quelle ihre Evidenz für die Wahrheit des Sachverhaltes schöpfen, warum sollte dieselbe unserem verfeinerten Zeitalter weniger zugänglich sein, oder noch länger verschlossen bleiben?

In dem französischen Gerichtsverfahren bleibt die Art, wie die einzelnen Anhaltspunkte auf die richterliche Ueberzeugung einwirken, der erhebliche Einfluß, der einem jeden auf das Ganze zukömmt, die Abwägung seines relativen Werths und der Anschlag seines Gewichtes —, bleibt die Vergleichung der Gründe für und wider

eine Annahme dem richterlichen Ermessen überlassen. Die Summe der Erkenntnißgründe und Behelfe des Beweises ist dort gar nicht abgeschlossen; mit den Fortschritten der Technik eröffnet sich die überall hin vordringende Schärfe der Wahrnehmung von selbst neue Zuflüsse des Lichtes. (Vgl. Anh. I. Nr. 227.). Kein Behelf hat von vorne herein das Recht, als baare Münze zu gelten; an jeden hängt sich bei seinem ersten Hervortreten die Kritik seiner Glaubwürdigkeit. Sind alle nach strenger Ausmusterung in den Gesichtskreis eingetreten, so verschmelzen sie sich zu einem nach freier Anordnung aufgestellten Bilde, zu einem naturtreuen Totaleindrucke, aus welchem die feste Ueberzeugung, wie ein elektrischer Funke an dem sicheren Leiter einer scharfen Beurtheilung in den freien Geist der Richter überspringt und sich hier festsetzt. Ebendeshalb ist auch die erlangte Gewißheit keiner besonderen Rechtfertigung durch bündige Schlüsse oder scharfe Entwicklungen von Gründen fähig und sie bedarf ihrer gar nicht, weil sie sich nicht in Regeln gebannt fühlt, sondern ihren unaufhaltsamen Durchbruch auf dem kürzesten Wege zu der geläuterten Einsicht der Richter sucht und in jedem Falle finden muß. Im deutschen Faktum, in unseren langen Beweisverfahren finden wir überall das gelehrte und juristische Element vorwalten, der Thatbestand des französischen Verfahrens bewegt sich beinahe ausschließend im natürlichen; dieser Gegensatz beherrscht den ganzen Gesichtskreis, in welchem sich die Rechtszustände beider Länder gegenüber treten. Der Ausgangspunkt für dieselben war im Grunde der nämliche, nur die geschichtliche Entwicklung führte sie bald weit auseinander.

Das römische Recht, was auch im Prozesse einen vorwiegenden Einfluß ausübte, enthält nur wenige und ziemlich dürftige Regeln über die Prüfung der Beweise; die natürlichen Rechtsgrundsätze geben sich nur schwer dazu her, dieselben zu ergänzen. In älteren Zeiten war weder in Frankreich noch in Deutschland eine feste Beweistheorie bekannt; die formale Wahrheit ist nur eine künstliche Schöpfung der letzten Jahrhunderte, vor allem eine eigene Erfindung der deutschen Rechtsgelehrten. Das Mißtrauen in jede freie Amtsgewalt der Richter, nach der damaligen Gerichtsverfassung sehr erklärbar, die Zweifel an der Gründlichkeit ihrer Einsichten, die Bedenken gegen ihre Unparteilichkeit, die Befürchtung, sie möchten ihr Urtheil von List und Trug bestricken, ihr Gewissen von Eigennutz oder Zuneigung zu leicht überbieten lassen, oder auch Einflüssen von oben herab nicht widerstehen können, Alles zusammen-

genommen gab den Rechtsgelehrten die Idee ein, welche anfangs versuchsweise, später mit Uebermacht in das praktische Leben vordrang, gleichwie die Rechtsanwendung selbst unter der Herrschaft zahlreicher Gesetze und einer weitverzweigten Doktrin steht, so auch für die Auffassung des Faktums und die Prüfung der Beweise dem Nachdenken der Richter eine lange Reihe von Regeln vorzuzeichnen, und dadurch für jeden Beweisgrund nach den verschiedenen Voraussetzungen seiner möglichen Beschaffenheit einen Maaßstab in Bereitschaft zu setzen, um den Grad des Druckes genau zu bestimmen, den er auf die richterliche Ueberzeugung ausüben dürfe. Im Verfolge dieser Richtung wurde die ganze Wahrheit oder der volle Beweis in gewisse Partikeln seines Gewichtes vertheilt, die sich zusammenstücken und wieder auseinander legen, durch Gegengewichte schwächen und überbieten, oder durch Nebenbehelfe wieder zum Steigen bringen lassen. Diese Operation mußte natürlich fortgesetzt werden, bis der volle Beweis auf der einen, oder die Verneinung einer jeden Wahrheit und Wahrscheinlichkeit auf der anderen Seite zum Vorscheine kam. Fehlte an einer dieser Voraussetzungen etwas, so mußte ein Auskunftsmittel ersonnen werden, den leeren Raum auszufüllen, oder die zu lockere Füllung wieder hinauszutreiben. Dieses Mittel, ohne welches alles Uebrige vergebens wäre, schien schwer erfindlich zu sein; nur einer gläubigen Erhebung der Einbildungskraft wurde es möglich, hiefür Rath zu schaffen. Würde die Urtheilsfindung bis in die letzte Klemme der Ungewißheit getrieben, ein Fall, der nach bekannter Erfahrung in der Regel eintritt, so sollte die eidliche Offenbarung der einen Partei, deren Waagschale am tiefsten hinabzöge, Glauben finden und den sicheren Ausschlag geben. So kam die Sache zum Erfüllungseide des Klägers, zum Reinigungseide des Beklagten, zwei stehenden Formen, in denen bekanntlich all' unsere Beweisverfahren ihren zweideutigen Schlußstein finden, und um welche der Hader ein nicht unbedeutendes Feld der gerichtlichen Streitigkeiten einnimmt. Baco v. Verulam machte in seinen Aphorismen Nr. 8. u. 46. die bekannte Bemerkung: Optima lex, quae minimum reliquit arbitrio judicis, optimus judex, qui minimum sibi. Aus diesem Gedanken wickelte sich die ganze Lehre von der Kraft und Schwere der Beweismittel ab; das freie Urtheil sollte getödtet, nur das künstlich und schulmäßig gebildete emporgehalten werden. Der eitle Geschmack an Gelehrsamkeit, sich überall einnistend, drängte die Praxis bald unwiderstehlich in diese Bahn hinüber; die freie Forschung in den Eingeweiden

eines jeden Falles blieb verdächtiget, jede Wahl der Rückkehr in den geraden und natürlichen Weg wurde ihr allmälig verschlossen und als schnöder Naturalismus in den Bann gelegt; nur das gelehrte und das schulgerechte Urtheil behielt den Preis und das Ansehen, sich in den Gerichten Geltung zu verschaffen. Die eifrigen Pfleger dieser Lehre wußten dieselbe in den Geist ihrer Schüler als eine hohe Weisheit einzuprägen, die Partikular-Gesetzgebungen konnten sich nach dem niederen Stande der kritischen Hilfsmittel, die ihnen zu Gebote standen, derselben Richtung nicht mehr entwinden; auf solche Weise wurde der Sieg dieser Klausur des Denkens über das freie Urtheil ein vollständiger [4]).

Es dürfte nicht lange schwer fallen, dieser Verirrung des menschlichen Geistes und seines Strebens nach Rechtsbildung die gebührende Gerechtigkeit widerfahren zu lassen.

1) Der erste Grund, der sich dagegen anführen läßt, ist schon für sich allein gewichtiger, als alle übrigen zusammengenommen. Der menschliche Verstand in seiner freien Beweglichkeit und seinem natürlichen Gange, ungehemmt durch andere Regeln als diejenigen, welche ihm die Logik schon in seinem inneren Wesen vorgezeichnet hat, ist einmal in menschlichen Dingen die höchste Potenz, um das Wahre zu erkennen, vom Falschen zu unterscheiden und vor Irrthum zu bewahren. Die Reife gemachter Erfahrungen, die Schärfe der Wahrnehmung, die Sorgfalt und der feine Takt der Prüfung mit

---

4) Im österreichischen Civilprozesse ist die Theorie der formalen Wahrheit noch feiner ausgesponnen, als im gemeinen und bayerischen. Nach Prof. Beidtel's Lehrbuch vom ordentlichen Verfahren in Streitsachen §. 135. gibt das Gesetz für die Beurtheilung der Höhe und Tiefe der Wahrscheinlichkeit sichere Anhaltspunkte, indem es „unterhalb der Mitte der Wahrscheinlichkeitsleiter eine Ruhestufe placirt.“ (Sic.) Auf dieser Stufe ist der juristische Beweis ein zweiter halber. Unter der Normalstufe heißt er ein erster halber. Auf der Spitze der Probabilitätsleiter begegnen wir dem vollständigen Beweise. (Eine Note sagt, der obere Beweistheil könne zwei Drittheilen, der untere, als zweiter halber oder Ergänzungsbeweis dem dritten Drittheile eines vollständigen Beweises gleichgeachtet werden.) Als zur Herstellung eines vollständigen Beweises geeignet werden nun 20 einzelne Vorkommnisse aufgestellt; an der Spitze derselben steht das gerichtliche Geständniß, die Nr. 15. bilden überhaupt zwei halbe Beweise, von welchen ein jeder geeignet ist, eine erste halbe Probe herzustellen. Einen ersten halben Beweis stellen sodann fünf Combinationen von Beweismitteln her, zur Herstellung eines zweiten halben Beweises eignen sich nur der Erfüllungseid, ein bedenklicher oder ein verwerflicher Zeuge. Weniger als halbe Beweise sind Vermuthungen, die nicht im Gesetze gegründet sind.

der Abwägung auch der kleinsten Umstände eines Falles sind die natürlichen Elemente, mit denen das Urtheil der Richter am weitesten in die Geheimnisse einer dahingeschwundenen Vergangenheit, am sichersten in die Tiefe der Ungewißheit vorzudringen vermag. Jede dem freien Nachdenken hiebei angelegte Fessel, jeder Versuch, die Erkenntniß in gewisse Regeln, das Urtheil in Gußformen einzuklemmen, oder die Annahme der Gewißheit an zum voraus abgemessene Voraussetzungen zu binden, muß nothwendig von dem vorgesteckten Ziele ablenken, den Eindruck des Lichtes schwächen, die Wahrheit nur verdüstern, statt sie aufzuhellen, und auf das Gewissen wie auf den gesunden Verstand der Richter einen peinlichen Druck ausüben. Ueber die Mittel und die Art, eine Erkenntniß zu schöpfen, übt die Natur des menschlichen Erkenntnißvermögens eine durch Nichts zu beengende Herrschaft aus; die Kritik dieses Vermögens ist daher, wie in der Philosophie, so auch in dem Rechte und dem Rechtsleben die höchste Macht, um die Wege vorzuzeichnen, auf denen sich jenes Ziel erreichen läßt. Eben diese Kritik führt aber von selbst zu der Einsicht hin, daß formale Regeln nicht möglich und auch nicht erforderlich sind, um eine grundhaltige Ueberzeugung für jeden einzelnen Fall zu fixiren, und daß die wellenförmige Gränze zwischen Wahr und Falsch, zwischen Gewiß, Wahrscheinlich und Zweifelhaft sich nicht durch feststehende Markzeichen gleich von vorne herein abstecken lasse. Jeder Denker, und noch mehr jeder Richter, dessen Urtheil über ein ganz materielles Interesse den Ausschlag gibt, muß immer Herr seiner eigenen Auffassung bleiben, wenn er ein Faktum gründlich beurtheilen soll; wird ihm hiebei ein unbilliger Zwang angethan, so sucht er denselben meistens auf Nebenwegen zu umgehen, wozu die Natur der Sache und das Hinwirken auf materielles Recht sich so leicht als die bekannten Vorwände hergeben.

2) Um zu bestimmen, was dazu gehöre, einen Umstand als gewiß annehmen zu können, genügt es nicht, eine gewisse Zahl oder Beschaffenheit von Beweisgründen zusammenzutragen, sondern es ist vor Allem nöthig, auch die Glaubwürdigkeit eines jeden einzelnen einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen. Der Grad dieser Glaubwürdigkeit läßt sich aber nicht nach der Klasse und objektiven Gestaltung eines Beweisgrundes, sondern nur nach seiner Individualität und besonderen Beziehung zu der eigenthümlichen Lage eines jeden Falles bemessen. Es läßt sich leicht sagen und vorschreiben, der einwendungsmäßige Zeuge beweise nur halb soviel

als der klassische, das außergerichtliche Geständniß die Hälfte eines gerichtlichen, und was dergleichen Regeln mehr sind; wo aber findet sich hiefür eine rationelle Begründung? Jene Willkühr, welche man auf solche Weise in dem Urtheile der Richter vermeiden will, ist damit weit gefährlicher in die Herrschaft der Gesetze selbst hinaufgestiegen. Die wandelbaren Umstände, unter denen ein einzelnes Beweismittel in jedem Falle auftritt und sich geltend macht, können allein bestimmend sein für den Einfluß, der ihm auf die Annehmbarkeit eines Vorganges gebührt. Diese Umstände sind noch in weit höherem Grade maaßgebend, wo es sich darum handelt, verschiedene Beweismittel miteinander zu verbinden und auf eine Linie zu bringen, den Nachdruck zu ermitteln, den ihr Zusammentreffen ausübt, sie wechselseitig zu ergänzen, ihre Uebereinstimmung zu erklären oder das Gegengewicht der Zweifel und Zwischenfälle zu heben, welche im Gegenbeweise jenen Einklang von anderer Seite her wieder stören, zu durchkreuzen und zu schwächen vermögen.

3) Gewisse Formen der Prozeßführung waren zu allen Zeiten geboten, gewisse Formen müssen auch sein, um das Zerfahren in einseitige Willkühr zu verhindern. Alle Formen setzen jedoch vor Allem eine entsprechende Empfänglichkeit des Gegenstandes voraus, welcher sich in dieselben fügen soll. Diese Empfänglichkeit fehlt aber für die Summe der Lichtmasse gänzlich, die dazu gehört, dem menschlichen Verstande die Nöthigung aufzuerlegen, eine Thatsache für wahr oder unwahr zu halten. Der subjektive Glaube läßt sich hiebei nie durch die automatische Verrichtung einer Schluß- und Gedanken-Presse, die freie Emanation des Bewußtseins nicht durch ein Sortiment von Probirsteinen ersetzen. Der Rechtsbegriff selbst in seiner vielfachen Verzweigung ist der Fixirung durch positive Gesetze fähig, welche ihm einen bestimmten Abdruck verleihen, und das Uebereinstimmende in den Erscheinungen einer gleichförmigen Regel unterwerfen; wo die letztere nicht hinreicht, da bleibt immer noch die unerschütterliche Vernunftidee des angebornen Rechtes in einer stehenden Bereitschaft, um in die Linie einzurücken und die Entscheidung aus der Natur der Sache schöpfen zu lassen. Auf dem Gebiete des Sachverhaltes dagegen ist alles Natur der Sache und nirgends völlige Uebereinstimmung; kein Faktum ist ganz so gestaltet, wie das andere, jedes hat seine eigenthümliche Färbung, jedes eine andere Abwechslung von Licht und Schatten, beinahe jeder Erkenntnißgrund eine andere Schwere, und jede Verbindung von mehreren ein verschiedenes Ansehen. Wo sich die Ueberlegen-

heit des Eindruckes zuletzt hinneige, ist nie zum voraus bestimmbar, daher läßt sich auch ein fester und gleichförmiger Maaßstab hiefür nicht aufstellen. Der Versuch, gleichwie das Recht selbst, so auch den Sachverhalt einer übereinstimmenden Beurtheilung durch positive Gesetze zu unterwerfen, mußte sohin bei der übersehenen Verschiedenartigkeit beider Elemente den Keim seines mißrathenen Erfolges gleich von vorne herein in sich tragen. Derselbe Baco, den wir oben so strenge auf der Abgemessenheit der Gesetze bestehen hörten, sagte an einer anderen Stelle weit treffender: Multa philosophi praeponunt, dictu pulchra, sed ab usu reverta. (Bonnier, traité des preuves, Nr. 8.).

4) Alle Formen müssen, um achtbar und ehrwürdig zu bleiben, eine innere Bedeutung in sich tragen und darauf berechnet erscheinen, dem Rechte den wirksamen Schutz einer sicheren Verfolgung oder Vertheidigung zu verleihen; sie müssen überdies auch im Stande sein, dieses Ziel zu erstreben. Sie dürfen aber nie in ein Spielzeug von Hieroglyphen ausarten, deren sorgfältig gepflegte Kenntniß zu den Geheimnissen einer privilegirten Kaste gehört, um jedem Nichteingeweihten den Zutritt in die Nähe ihrer Erklärbarkeit zu verwehren. Die Beweisregeln des deutschen Prozesses, aus einer Zeit abstammend, in welcher die Kritik noch ziemlich tief stand, und dermalen nur noch von dem Ansehen ihres Alters und ihrer gelehrten Abkunft, aber nicht von der Einsicht ihrer Tüchtigkeit emporgetragen, sind in eine Phase ihres Lebens eingetreten, welche jener Verdächtigung sehr nahe liegt. Hat eine Erfahrung, die sich nur schwer bestreiten läßt, das Unzulängliche ihrer Durchführung erprobt und das Fehlschlagen in zahlreichen Fällen nachgewiesen, so sollte eine unvordenkliche Angewöhnung kein ernsthaftes Hinderniß mehr darbieten, die lange versuchte aber unhaltbar befundene Operationslinie wieder zu verlassen.

5) Man pflegt den Werth der formalen Wahrheit und einer festen Beweistheorie vorzugsweise darein zu setzen, daß dieselbe das Urtheil der Gerichte auf einer regelmäßigen Bahn erhalte, und gegen die Parteilichkeit der Richter oder das Einseitige ihrer Betrachtungsweise sicher stelle. Wer sich hierauf beruft, der wirft dem deutschen Richterstande einen verletzenden Zweifel an der Ehrenhaftigkeit seiner Gesinnung und der treuen Erfüllung seiner Pflichten entgegen. Ein solches Mittel wird nie ausreichen, seinen Zweck zu erstreben; wäre es je dazu geeignet, so ist dasselbe in der neueren Zeit ganz

überflüssig geworden. Die Bürgschaften, welche eine unparteiische und gründliche Rechtssprechung sichern, sind in unseren Tagen ganz andere und weit kräftigere als diejenigen, welche ein System spitzfindiger und auf Gerathewohl ausgesponnener Beweisregeln zu gewähren vermag. Die großen Fortschritte der gelehrten Bildung und die leichte Zugänglichkeit ihrer Hilfsmittel, der lebendige Eifer für Recht und Gerechtigkeit, der alle Richter beseelt, die Unabhängigkeit ihrer Stellung und die wesentlich verschiedene Gerichtsverfassung mit einem wohlgegliederten Instanzenzuge und dem Offenstehen zahlreicher Rechtsmittel, wodurch die Streitfragen über alle befangenen Einflüsse immer weiter hinaufsteigen, die collegiale Einrichtung aller Obergerichte und selbst die theilweise Oeffentlichkeit, welche schon dermalen in den Entscheidungsgründen und der Freiheit der Kritik besteht, — all' dieses sind die sicheren Grundpfeiler, auf denen das Ansehen und Vertrauen ruht, dessen sich die Rechtspflege erfreut; die Einklemmung des Urtheiles in unsinnige und steife Formeln einer juristischen Gewißheit können nur dazu dienen, die letzteren eher zu schwächen als zu heben. Wo aber jene Gewährschaften nicht ausreichen, da wird aller Zwang veralteter Gesetze vergeblich sein und nur dem Erfindungsgeiste eine neue Anregung geben, durch ersonnene Vorwände sich darüber hinwegzusetzen.

6) Aber die Gründlichkeit ist das große Wort, auf das sich viele deutsche Rechtsgelehrte mit großem Nachdrucke als einen entschiedenen Vorzug der deutschen Rechtspflege berufen. Diese Gründlichkeit ist nur scheinbar und beruht in der eingesogenen Vorliebe, überall mit Gelehrsamkeit und nirgends mit der praktischen Erfahrung des Lebens zu wirken. Den Maaßstab der Gründlichkeit kann selbstverständlich nur das Verhältniß bilden, in welchem eine Forschung auch den Grund der Wahrheit erreicht, in welchem der nach den Beweisregeln gefundene Bestand des Sachverhaltes mit der Wirklichkeit übereinstimmt, und diese Uebereinstimmung auch für alle Fälle sicher gestellt ist. Allein von dieser Seite betrachtet zeigt sich ein großer Abstand zwischen den Bildern, welche uns die Rechtspflege dies- und jenseits des Rheines vor Augen führt; in diesem Sinne ist auch jene Gründlichkeit nicht gemeint. Sie soll vielmehr nur eine besondere Sicherheit andeuten, daß nichts für wahr angenommen werde, was nicht wirklich so ist oder nach dem Willen des Gesetzes dafür gelten muß, bleibt aber auf der anderen Seite ganz unbekümmert darüber, daß eine thatsächliche Evidenz, welche diese Bedingniß zufällig nicht erschöpft, was so ziemlich die

Regel bildet, unbeachtet vorübergehen muß und sich keine Geltung zu verschaffen im Stande ist. Das Einseitige eines solchen Vorzuges muß auf den ersten Blick einleuchten. Worauf läuft am Ende das Wesen jener Gründlichkeit hinaus, worin bestehen ihre Bedingnisse und ihre Hilfsmittel? Um recht sicher zu gehen, hat man eine höher liegende Ordnung der Wahrheit, und zwar für die meisten Fälle die doppelte Wahrheit erfunden. Zwei Stellen des römischen Rechtes gaben hiezu den nächsten Anlaß. Nach allen natürlichen Begriffen sollte einem glaubwürdigen Zeugen, der eine Sache angesehen oder mit angehört hat, voller Glauben geschenkt werden, wie solches der bayer. Prozeß für Fälle von geringer Bedeutung auch wirklich zugelassen hat. Novelle v. 1837 §. 15. Nun verordnet aber das römische Recht, eine vereinzelte Zeugenaussage solle keinen, oder doch nicht leicht einen Glauben finden. C. 4 u. 9. de test. (4, 20.). Wo aber eine bestimmte Zahl der erforderlichen Zeugen im Gesetze nicht ausgedrückt sei, da müßten zwei genügen, weil der Sprachform des Pluralis jede Mehrheit schon genüge. Fr. 12. eod. (22, 5.). Aus einer so einfachen Lehre zog man nach den Regeln der Rechenkunst subtile Folgerungen, welche unvermerkt über den Boden der Logik hinausfielen und zuletzt ein ganzes Maaß- und Gewichts-System für die formale Wahrheit zu Stande brachten. Wenn zwei Zeugen einen Umstand nach obigen Stellen voll beweisen, so muß einer nur halben Beweis machen, als wenn sich die Wahrheit gleich einem Holzblocke spalten ließe; und wenn jenes von einem vollgültigen Zeugen gilt, so zieht ein verdächtiger, der doch gewiß noch tiefer, aber noch immer über dem untüchtigen steht, die Waagschale nur zum vierten Theile, zwei Verdächtige also zur Hälfte, und drei Verdächtige, oder auch ein klassischer und ein verdächtiger bis zu drei Viertheilen des vollen Beweises hinab. In diesen Schematismus der Verdopplung wurden sodann auch die übrigen Beweismittel, so gut es eben gehen wollte, beiläufig untergebracht, und auf solche Weise eine ganze Kasuistik von kabalistischen Beweisformeln geschaffen, deren jetziges Ansehen nicht mehr in dem Glauben an ihre Weisheit, sondern in dem gelehrten Ansehen ihres Alters und der Gewährsmänner zu suchen ist, welche dieselben fortwährend lehren und vertheidigen. So konnte z. B. durch Vermuthungen selbst nach dem bekannten Art. 328. Th. I. des bayer. Straf-GB. ein voller Beweis geliefert werden; der Civilprozeß läßt ihn aber nur für halbvoll gelten und verlangt noch als Zugabe einen Eid, der für sich wieder vollen Beweis machte, wenn er zu- und

zurückgeschoben wäre, so daß man auch hier wieder die zweifache Probe mit im Spiele findet.

7) Die doppelte Wahrheit, das Verlangen nach einem höheren oder geläuterten Grade von Gewißheit in Fällen, wo es sich darum handelt, ein richterliches Urtheil darauf zu bauen, und ein Mittel, hiebei allen Schein und Irrthum abzuwenden, wäre an sich eine ganz vortreffliche Idee, wenn sie sich nur durchführen ließe und wenn sie nicht, was vor Allem zu bedenken ist, über die Gränzen und Forderungen der Gerechtigkeit hinaus reichte. In allen Fällen dagegen, wo sich der gesunde natürliche Verstand der Richter, und zwar beinahe immer einer Mehrheit von Richtern mit einem gewissen Grade der Erleuchtung durch einzelne oder vereint zusammentreffende Beweisgründe begnügt und nach den vorgesteckten Gränzen ihrer Forschung begnügen muß, um von einer Thatsache überzeugt zu sein, da ist es offenbar ein unbilliges und ungerechtes Verlangen, die Gewißheit noch in einer höheren Region zu suchen, und solange diese nicht erreicht ist, das gute Recht zu versagen. Alle Rechtspflege bleibt immer eine menschliche Anstalt und muß sich daher auch in die Grundbedingnisse der menschlichen Erkenntniß fügen; sie darf sich nie zu dem Dünkel erheben, eine Einsicht zu verschmähen, welche die letztere unwiderstehlich mit fortzieht; sie fügt der Partei, welche jene Höhe nicht zu erklimmen vermag, ein bitteres Unrecht zu. Eine solche Partei wird sich nie von dem Satze zum Schweigen bringen lassen: Non deficit jus, sed probatio; ihre gerechte Anklage wird sich immer gegen die Institutionen im Ganzen richten und nur mit Mühe zu vermögen sein, zwischen den Gesetzen und den Personen, die sie anwenden, einen Unterschied zu machen. Wollen die Gesetze den Bogen höher gespannt sehen als zum Treffen des rechten Zieles erforderlich ist, so ändere man sie ab; eine Ueberzeugung verschließen, die einmal errungen und von dem Individuum des Richters nicht mehr trennbar ist, aber aus formalen Bedenken sich nicht kundgeben und praktisch eingreifen darf, ist gewiß ein schwer zu widerlegender Vorwurf für eine Rechtspflege, die eine gerechte sein und heißen will. In Strafsachen liegt weit weniger daran, dasjenige, was zur Ueberführung gehört, um eine Stufe höher zu legen, als diejenige ist, womit sich die freie Ueberzeugung begnügte; daß ein Schuldiger der verwirkten Strafe aus formellen Bedenklichkeiten entschlüpfe, ist ein Ereigniß, welches in dem großen Fonde partieller Impunität, der von jeder Strafrechtspflege untrennbar ist, unbemerkt untergeht und welches nur für ihn

günstig ist, aber Niemanden einen Schaden bringt. Denn der Zweck aller Strafrechtspflege ist schon dann erreicht, wenn die Strafe ernstlich gefürchtet bleibt, und nicht nothwendig dadurch bedingt, daß sie auch in allen Fällen wirklich verhängt werde. In Civilsachen dagegen ist das Unterliegen derjenigen Partei, welche bei aller Wahrheit ihrer Anführungen dieselben nicht kunstgerecht zu erweisen vermag, ein ihr selbst zugefügtes schmerzliches Unrecht, was sich leicht hätte vermeiden lassen. Wenn daher Alles bei der Sache nur darauf hinausläuft, die klare Einsicht der streitigen Thatsachen in subtile und nutzlose Schwierigkeiten zu verwickeln, so wird sich die Gründlichkeit nicht so leicht als ein Vorzug des deutschen Prozesses rühmen und vertheidigen lassen. Jene so hochgepriesene Gründlichkeit ist im Grunde nichts als ein künstliches Spiel mit Regeln auf einem Felde, welches dergleichen nicht verträgt und auf dem die höchste Reife seiner Früchte gerade dadurch zu erzielen ist, daß die Kultur von allem Zwange frei bleibt.

8) Wenn die positive Beweistheorie des deutschen Prozesses das Lob der Gründlichkeit verdienen wollte, was man ihr so reichlich spendet, so müßte sie vor Allem auch die sicheren Mittel darbieten, um in allen oder doch in den meisten Fällen die Gewißheit des Sachverhaltes siegreich über alle Zweifel zu erheben und festzustellen. Die tägliche Erfahrung lehrt uns, daß sie dieses nicht vermag, sondern ihren angerufenen Dienst am Schlusse, wo er am nöthigsten wäre, immer wieder versagen muß. Alle unsere Prozesse, beinahe alle unsere Beweisverfahren gehen am Ende in der Regel mit der Auflage eines oder mehrfältiger Eide, dem ungründlichsten von allen ungründlichen Beweismitteln, aus. Da ein vollständiger Beweis ordentlicher Weise nur durch eine Urkunde oder zwei klassische Zeugen geliefert werden kann, diese Stützpunkte aber, zumal bei unkörperlichen Rechten und mündlichen Verträgen, bei Entschädigungsforderungen und Klagen auf noch ungewisse Größen — condictiones incerti — beinahe immer fehlen, so zeigt sich am Ende gewöhnlich bei der Prüfung und Summirung der Beweise, daß dem Beweisführer seine Aufgabe nicht vollständig gelungen sei, an der ganzen Gewißheit noch immer etwas fehle, und das Maaß der formalen Wahrheit zwischen Fülle und totaler Leere in der Mitte schwebe. Wo findet sich nun das Mittel, um aus dieser mißlichen Lage herauszukommen? In der eidlichen Offenbarung der einen Partei, welche die größte Wahrscheinlichkeit auf ihrer Seite hat, in der Berufung an ihr eigenes Gewissen, in dem zu- oder zurück-

geschobenen, dem Erfüllungs- oder Reinigungseide, welche man die nothwendigen nennt, weil man ohne sie eine formelle Verwickelung nicht zu lösen im Stande wäre. Dieser Eid ist der gekrönte Stein unserer Weisheit, dem es vorbehalten ist, auf dem Brettspiele des Civilprozesses beinahe immer den letzten Zug zu thun [5]). Diese Eide werden hin- und zurückgeworfen, in seltsamer Verkettung zur wechselweisen Aushilfe aneinander gehängt, nach beiden Seiten hin auferlegt, bis sie das große Netz an den Rand gesponnen, in dem sich die formale Wahrheit der richterlichen Ueberzeugung für immer gefangen geben muß.

Der Eid der Parteien, welcher als Beweismittel in deren Gewissen selbst zu schöpfen sucht, das Bewußtsein derselben ausbeuten und nach Außen kehren will, setzt immer zwei Dinge voraus, um auf ihn ein wirkliches und ernsthaftes Gewicht legen zu können, daß nämlich die Partei von einer Sache genaue Wissenschaft habe, und daß sie dieselbe auch zu offenbaren bereit sei. Eine dieser Voraussetzungen wird beinahe immer, sehr häufig werden beide vermißt. Nach der Bestimmung des Eides wurde Anfangs immer, und wird noch jetzt von den wichtigsten Eiden, wie von dem Haupt- und Erfüllungseide die Möglichkeit einer persönlichen und genauen Wissenschaft von der Sache als wesentliche Voraussetzung verlangt; allein ein unverständiger Gerichtsgebrauch, dem dieses Erforderniß zu lästig schien, und der sich ohne Eid aus der verzweifelten Lage einer halben oder mangelhaften Probe nicht herauszufinden wußte, hat dasselbe allmälig umgangen oder bei Seite geschoben und dadurch den Gebrauch des Eides generalisirt und völlig verflacht. Auf solche Weise ist der Eid nachgerade eine bedeutungslose Formalität geworden, man könnte beinahe sagen zu einem Würfel, der jede Seite nach oben kehrt, wie man sie gerade zur Lage der Sache haben muß oder brauchen kann. Seiner ursprünglichen Bestimmung ist er hiedurch ganz entfremdet; beinahe alles moralische Ansehen ist von ihm gewichen. Durch jene Verirrung verfiel man zuerst auf den Glaubens-Eid, oder den Eid über Nichtwissen und Nichtglauben, dann auf den mittelbaren Eid, der über das Ergebniß eingezogener Erkundigun-

5) Das Schatzkammergericht in England heißt bekanntlich von dem getäfelten Boden seines Sitzungssaales die Schachbrettkammer, — court of exchequer; in Deutschland ist jedes Gericht eine Schachbrettkammer in dem Sinne, daß sich die Richter in der liebgewonnenen Kunst üben, mit Zeugenelogien und Eiden, wie mit den Figuren eines Schachspieles hin und her zu ziehen, bis das eine und oft beide Rechte matt werden. Vgl. Archiv f. civ. Pr. Bd. 41, S 312.

gen geschworen werden soll, den Eid über Rechtsbegriffe und rechtliche Zuständigkeiten oder Eigenschaften, über den Ursprung eines Rechtes, der auf Jahrhunderte zurückfällt, über den Ungrund einer zweideutigen Verpflichtung, die Ausscheidung von Lasten, durch welche nie eine Gränzlinie hindurchlief, über den Nichtbesitz verschwundener Urkunden, die, wenn sie auch vielleicht in einem alten Archive vergraben sind, Niemand mehr aufzufinden weiß, über Vorsätze und Bereitschaften, wodurch derselbe nahebei eine promissorische Färbung erhielt. Obwohl der Eid seiner Natur nach blos ein Beweismittel für physische Personen ist, die allein ein Gewissen in sich tragen, so wurde er dennoch auf den Staat und andere Körperschaften, Gemeinden und Stiftungen, auf Vormünder und Verwaltungen übertragen, und hiedurch eine seinem innern Wesen ganz widerstrebende Stellvertretung des Individuums darin eingeführt.

Noch weit schlimmer steht aber die Sache mit der guten und ehrenhaften Absicht, die Wahrheit auch angeben zu wollen. Wer nach einer kurzen Erfahrung auf diesem Felde von der radikalen Nullität des Parteieneides als eines Mittels, die Wahrheit zu ergründen, nicht durchdrungen ist, mit dem läßt sich über die Mittel nicht rechten, wie unser Verfahren auf eine solidere Grundlage zu erheben sei, weil ihm die erforderliche Einsicht in die wirklichen Zustände abgeht. Wenn wir alle Tage vor den Schwur- und anderen öffentlichen Gerichten Meineide nach Dutzenden schwören sehen, wenn man den falschen Eid eines Zeugen mit zwanzig Silbergroschen kaufen kann, von denen nur zehn vorausbezahlt werden [6]), wenn in dem kleinen Weimarer Lande in den ersten vier Jahren nach Einführung der Schwurgerichte fünfzig Anklagen auf Meineid vorkamen, noch ungerechnet die unbekannt gebliebenen Fälle [7]), wenn unter zehn Eiden über neues Auffinden, wie allbekannt, kaum ein wahrhaftiger ist, wie läßt sich einem so federleichten Beweismittel noch der geringste Glauben schenken, und mit welchem Rechte der Gegenpartei zumuthen, sich selbst durch dasselbe für überführt und ihre Sache für verloren zu geben? Die Erfahrung lehrt uns täglich, daß der aufgetragene Eid immer abgeschworen, nie oder nur in den seltensten Fällen, und hier zuweilen nur aus religiösen Bedenklichkeiten, die mit der Wahrheit nichts gemein haben, verweigert

---

6) Allgem. Ztg. vom 10. Nov. 1853, S. 5012, aus Münster; desgleichen vom 10. Okt. 1856 aus Darmstadt.

7) Archiv f. civ. Praxis, Bd. 35, S. 87.

wird; worin soll nun der Nutzen seiner Auflage und feierlichen Abnahme noch bestehen, wenn beide Theile sich dazu vordrängen und zum voraus mit voller Sicherheit annehmbar ist, daß ihn derjenige von ihnen, der zugelassen wird, auch wirklich abschwört? Die meisten Richter sehen auch all' dieses sehr wohl ein; das ganze Verdienst des Eides in ihren Augen besteht nur darin, daß derselbe ihrer Urtheilsfindung einen von Außen kommenden Impuls gibt, der sie selbst aller Mühe und Verantwortlichkeit überhebt, die Gewißheit mit einigem Aufbieten von Scharfsinn und feiner Wahrnehmungsgabe in ihrem Inneren zu schöpfen, die sich ihnen hier in keinem Falle versagen würde. Man sollte bedenken: Ein Gericht, welches der einen Partei einen Eid auferlegt, um den Ausgang des Prozesses hievon abhängig zu machen, erklärt immer seine eigene Urtheilsfindung für bankerott, und überläßt dieselbe ohne alle Noth einem Schiedsrichter, welcher der unfähigste von allen ist, dem einen Gegner im Streite nämlich, der von Eigennutz und Leidenschaft verblendet, sich das Mittel dargereicht sieht, sich Wahrheit und Recht nach selbst gebildeter Ansicht mit erhobener Hand in einem Athem zuzuschwören. Vgl. fr. 1. pr. quar. rer. a. n. d. (44, 5): cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum. Jeder Richter, der auf einen jener Eide erkennt, verweigert im Grunde sein eigenes Urtheil über die Sache, und ahmt unbewußt das Beispiel seines Amtsvorgängers in Athen nach, von dem uns Aulus Gellius in seinen attischen Nächten berichtet, er habe nach langer Verhandlung, statt einen Spruch zu ertheilen, nur selbst geschworen, in der Sache nicht klar zu sehen — sibi non liquere 8).

Was läßt sich nun von einer Gründlichkeit halten, die ihren letzten Ankergrund fast immer auf einem so lockeren Flugsande suchen muß und auch zu finden glaubt? Wie läßt sich ein Verfahren im Ernste als gründlich anpreisen, welches seine letzten Ausläufer jederzeit darin findet, dem richterlichen Urtheile einige große Nullen anzuhängen, welche durch ihre Anschwellung dem Geiste eine positive Nöthigung auferlegen, mit verschlossenen Augen an Dinge glauben zu müssen, die doch der freien Betrachtung offen entgegenkommen?

9) Ein letzter Einwurf scheint beiläufig noch darin zu bestehen: Die formale Wahrheit ist einmal in das deutsche Rechtsbewußtsein

8) Bonnier, traité des preuves. Nr. 47.

übergegangen, hat sich darin festgesetzt, und nimmt in dem Rechtsleben des Volkes eine bedeutende Stelle ein, aus der sie sich ohne Abtrünnigkeit von dem Glauben unserer Väter nicht mehr verdrängen läßt. Dieser Grund ist wohl kaum ernstlich gemeint, um eine ernsthafte Widerlegung zu erwarten und zu verdienen; er ist überdies völlig ungenau. Derselbe ist nichts als ein Vorwand, hinter den sich die leidigen Angewöhnungen des deutschen Juristenstandes verbergen. Die neuere Rechtsgeschichte zieht mit gutem Grunde den bekannten Unterschied zwischen Volksrecht und Juristenrecht; das deutsche Gerichtsverfahren, auf diesen Standpunkt hingeführt, ist nichts als reiner Juristenprozeß und in keinem Theile mehr Volksprozeß. Niemand, der nicht in die Klasse der Eingeweihten gehört, vermag sich dessen verworrene Lehre zu erklären oder seine Irrgänge zu durchschauen; Niemand glaubt im Ernste an seine Vorzüge oder hängt mit Wärme an seinem Wesen. Müßige Verwicklungen auf jedem Schritte und unsichere Ausgänge, unverständliche Windungen und eine endlose Dauer, die kostbare Führung und die mageren Früchte haben längst mit Gleichgültigkeit gegen das kümmerliche Fortschleppen seines zähen Daseins erfüllt. Der Ruf nach gründlicher Verbesserung, das Bedürfniß einer schnellen und wirksamen Rechtshilfe ist seit einem halben Jahrhunderte von allen Seiten laut und überlaut, theilweise fast stürmisch geworden; Niemand wagt es zu bestreiten, in den Gerichten selbst ist der Nothstand längst anerkannt und seine Einsicht auf einen Höhepunkt gestiegen, der dem Ausbruche lauter Verwünschungen gegen die Urheber des Uebels nur mit Mühe noch Einhalt thut. Nur die Physiologie des deutschen Juristen verwickelt die Sache noch immer in endlose Schwierigkeiten. Derselbe sträubt sich gegen jede radikale Verbesserung und legt ihr Hindernisse in den Weg, die bisher nicht zu übersteigen waren. Die einseitige Schulbildung so mancher Rechtsgelehrten und ihre Unbekanntschaft mit dem Rechtsleben fremder Länder, durch die Masse des heimathlichen Stoffes leicht erklärbar, die Hinneigung der deutschen Gelehrsamkeit überhaupt zu einem systematischen Wesen auf der einen Seite, und das Festhalten aller Rechtsgelehrsamkeit an Tradition und Herkommen auf der anderen, haben es allmälig dahin gebracht, in der Grundansicht der deutschen Rechtsgelehrten den frommen Glauben an die ehrwürdige Gestalt und die vermeintlichen Vorzüge der formalen Wahrheit zu einem Mysterium ihrer Genossenschaft zu erheben, an dem sie treu festhalten, und um dessen Vertheidigung sie sich mit einem Eifer schaaren, welcher einer ge-

sunden Kritik nicht mehr so leicht das Feld räumt. Von dieser Ueberzeugung durchdrungen, sehen sie mit Geringschätzung auf jede Lösung der Thatfragen im Prozesse herab, welche den Faden positiver Beweisregeln verläßt oder kühn durchschneidet. Ein gelehrter Ostracismus empört sich gegen das Ansehen des freien Wahrspruches und wirft ihm gleichsam auf jedem Schritte seine plebejische Abkunft vor; zum Theile wird hiebei selbst die Besorgniß rege, eine so kunstlose Schöpfung, zu welcher Jedermann eine gleiche Befähigung mitbringt, könne dem gelehrten Ansehen Abbruch thun und dessen Geltung vermindern. Auch fühlt man sich einigermaßen behaglich in der Lage einer vollen Unbekümmerniß, auf dem bisherigen Wege auch sein Gewissen mit in's Spiel zu verflechten, sobald nur die formalen Träger und die gesetzlich vorgezeichneten Bedingnisse für eine gewisse Annahme sich gegeben finden; jede moralische Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Urtheiles und seinen gesunden Sinn wird mit leichter Mühe durch die Hinweisung auf den todten Willen des Gesetzes abgelehnt. Eine unglückliche Richtung der Geister gefällt sich sogar bisweilen in der geheimnißvollen Weihe, welche den gemeinen Menschenverstand von der Erfaßlichkeit eines so gelehrten Ausspruches in ehrwürdiger Entfernung hält, und sie glaubt eben hierin ein Zeichen seiner Tiefe und Gründlichkeit zur Schau zu stellen. Von einem wahren Rechtsbewußtsein ist in allem dem keine Spur erfindlich; die wahren Angelpunkte jener stolzen Haltung sind blos eine lange Uebung, die Macht der Gewohnheit und die liebgewonnene Meinung, es müsse Alles beim Alten und in den Wegen bleiben, wie es von jeher war. Wohin führte uns aber bereits dieser gelehrte Separatismus? Zu einem beklagenswerthen Verfalle des Kultus, dem wir unsere eifrigen Dienste weihen. Der Kaiser Nikolaus erklärte bekanntlich die Türkei für einen kranken und abgestorbenen Mann, eine Bezeichnung, deren Genauigkeit zu bekräftigen, die dienstfertigen Beschützer jener Macht selbst das Meiste dazu beitrugen. In gleicher Weise ist das Siechthum des deutschen Civilprozesses schon seit langen Jahren ein öffentliches Geheimniß für alle Welt; die Schwäche der Gründe, mit denen man ihn zuweilen noch zu vertheidigen sucht, hat von dem Hoffnungslosen seiner Verkommenheit den Schleier erst vollends hinweggezogen.

10) Noch ein weiterer Umstand kömmt der bisherigen Vergleichung kräftig zu Hilfe, ein Blick auf die beiderseitigen Erfolge nämlich. Zwei große und erleuchtete Nationen, wie die englische und die französische, mit einem unermeßlichen Verkehre und dem

mächtigen Bedürfnisse geordneter Rechtszustände, von einem regen Forschungsgeiste beseelt und einem lebhaften Eifer für jede reelle Verbesserung ihrer Einrichtungen durchdrungen, kennen bisher keine andere Grundlage ihrer Rechtspflege auch in Civilsachen, als die des freien richterlichen Urtheiles über die Thatsachen des Streites und denken nicht daran, dieselbe je zu verlassen oder zu ändern[9]). Ihre Rechtspflege, vor Allem die französische, genießt das volle Ansehen und Vertrauen im Lande selbst, und ist überall, wohin sie noch vordrang, der Gegenstand eifriger Nachbildung geworden[10]). Keine Stimme wird bei ihnen in dem Sinne laut, formale Schutzwehren gegen das einseitige Verfahren und die Willkühr ihrer Richter in Ergründung des Sachverhaltes zu ersinnen oder auf die Bahn zu bringen; ihre Rechtsgelehrten selbst sind die ersten Vorkämpfer der freien Beweglichkeit des richterlichen Urtheiles auf diesem Punkte. In den unheilvollsten Zeiten der französischen Geschichte, wo die Sicherheit des Eigenthumes nur noch an einem Faden zu hängen schien, war die Rechtspflege, und namentlich die bürgerliche geehrt und geachtet; Niemand aus der Zahl derjenigen, die in ihren Vorschlägen politischer Umgestaltungen am weitesten gingen, ließ sich einfallen, dem Ansehen und der Macht der Gerichte in ihrer Urtheilsschöpfung engere Gränzen ziehen zu wollen. Beiden Ländern gegenüber nimmt die deutsche Rechtspflege mit ihrem steifen Formalismus, wie wir solche in den wenigen Beispielen des zweiten Anhanges zu dieser Abhandlung sehr kennbar bezeichnet finden, eine ganz vereinzelte und verlassene, eine beinahe trostlose Stellung ein, auf welche seit Jahren ein Sturm von Angriffen gerichtet ist. Wenn sie dem letzteren bisher noch zu widerstehen vermochte, so ist der Grund hievon gewiß nicht in Umständen zu suchen, welche aus einer Ueberzeugung von ihrer Gründlichkeit und ihrem praktischen Werth hervortreten. Womit läßt sich diese Erscheinung als eine natürliche erklären, und mit welchem Grunde das längere Festhalten daran verantworten?[11])

9) Daß auch der größere Theil von Italien, und namentlich die Königreiche beider Sizilien und Sardinien auf dem hier fraglichen Punkte ganz unter der Herrschaft des französischen Systemes stehen, ist zu entnehmen aus *de Cesare*, delle pruove in materia civile, Neapel 1857.

10) So in Belgien und Holland, in Piemont und der Schweiz.

11) Um hier einen Seitenblick auf das englische Recht zu eröffnen, mögen folgende Stellen aus Rüttimann's englischem Civilprozesse vielleicht nicht unwillkommen sein. In der Vorrede S. VIII. heißt es: „Man glaubt

11) Die letzte Erwägung, welche hier schon für sich allein den vollen Ausschlag für eine durchgreifende Reform geben müßte, besteht darin, daß für den größten Theil von Deutschland nicht mehr res integra ist, daß alle Tage ein langer Eilzug unserer heimatlichen Rechtspflege bereits mit voller Kraft in eine parallele Zweigbahn der freien Urtheilsschöpfung einläuft. Seitdem der freie Wahrspruch der Geschwornen und der Richter in Strafsachen über Leben und Freiheit, Ehre und guten Ruf, über das ganze Dasein und Lebensglück einer Person den letzten und unabwendbaren Ausschlag gibt, seit einem ungebundenen Urtheile die Macht verliehen ist, das ganze Geheimniß, womit sich das Verbrechen sorgfältig umgibt, zu durchdringen und an das Tageslicht hervorzuziehen, seitdem wir ohne Entsetzen unsere Angeklagten aus Anzeigungen und durch zusammengesetzten Beweis zum Tode verurtheilen und hinrichten sehen, welchen vernünftigen Sinn und welches ehrwürdige Ansehen kann noch eine Gesetzgebung behaupten, welche in ihrer Abgeschlossenheit

gewöhnlich, durch die englische Beweistheorie (the law of evidence) werde das freie Ermessen der Geschwornen mit Beziehung auf die Würdigung des Beweises beschränkt. Dem ist aber keineswegs so. Jene Theorie umfaßt vielmehr blos die von dem Richter anzuwendenden Regeln betreffend die Beweislast, und die Erheblichkeit und Zulässigkeit der Beweisgründe und Beweismittel." — Ferner im §. 347.: „1) Der Richter allein entscheidet, ob eine Thatsache überhaupt sich zu einem Indicium eigne oder nicht, 2) wenn aber der Richter den Beweis für ein Indicium zuläßt, so steht es dann der Jury zu, das Gewicht desselben zu würdigen." — §. 349. „Jede in einem Plaidoyer (d. i. Schriftenwechsel) angeführte Thatsache, welche nicht ausdrücklich bestritten wird, gilt als anerkannt." — §. 361. „Ob ein Zeuge zulässig sei oder nicht, darüber hat einzig der Richter zu entscheiden. Dagegen ist es ausschließlich Sache der Jury, zu ermessen, wie viel oder wie wenig Glauben ein Zeuge verdiene. Der größere oder geringere Grad der Glaubwürdigkeit richtet sich nicht nach Rechtsregeln, welche der Richter anzuwenden hätte, sondern einfach nach der Natur der Sache.... Zum Beweise einer Thatsache genügt in der Regel die Aussage Eines Zeugen, wenn nicht besondere Gründe vorhanden sind, die Richtigkeit seiner Aussage in Zweifel zu ziehen." — In §. 388. wird folgende Stelle aus Starkie's engl. Beweisrechts-Lehre ausgehoben: „Das Recht hat keine Wage, um die verschiedenen Grade der Wahrscheinlichkeit zu messen, oder gar das Gewicht von Beweisen festzustellen, welches erforderlich wäre, um eine bestrittene Thatsache zu absoluter Gewißheit zu erheben. Die Unterscheidung zwischen wahr und falsch hängt mehr von dem Takte eines erfahrnen und einsichtigen Geistes, als von der Anwendung künstlicher Regeln ab." — Die von Mittermaier früher wenigstens so beharrlich angerühmten Beweisregeln des englischen Prozesses scheinen sich im Wesentlichen darauf zu beschränken, daß einem unbeeidigten und einem Zeugen vom Hörensagen kein Glauben geschenkt und dieselben vom Gerichte gar nicht zugelassen werden dürfen.

für den Civilpunkt nicht erlaubt, auf bloße Vermuthungen oder die Aussage eines Zeugen hin ohne die Dazwischenkunft eines Eides, der oft wegen Mangels an eigenem Wissen nicht zulässig ist, auf den Rückersatz einer entlehnten Banknote von zehn Gulden, oder zu einer Entschädigung von fünf Thalern zu verurtheilen? Wie erklären sich die großen Bedenklichkeiten, woher kömmt die unheimliche Scheue, was vermag das längere Zaudern zu rechtfertigen, der gewissenhaften Ueberzeugung der Richter in Civilsachen eine Schwungkraft bis zum nämlichen Höhepunkte zu verleihen? 12) Niemand kann sich darüber täuschen, seit der Einführung des neuen Gerichtsverfahrens in Strafsachen, wobei die Schwurgerichte und ihre Zusammensetzung gar nicht in Anschlag zu kommen brauchen, ist die Wirksamkeit der Strafrechtspflege auf das Drei = oder Vierfache ihrer früheren Kraft in die Höhe gegangen, während die Rechtssicherheit der Unschuld nicht um einen Nagel breit verringert oder einer neuen Gefahr ausgesetzt, sondern nur die ärgerliche Impunität desjenigen, der sein Vergehen keck läugnet, in das Reich des Unmöglichen verwiesen wurde. Welches Hinderniß könnte noch mächtig genug im Wege liegen und davon zurückhalten, den mit so günstigem Erfolge betretenen Weg noch weiter zu verlängern und eben hiedurch die bürgerliche Rechtspflege mit dem neuen Systeme in eine volle Uebereinstimmung zu versetzen?

Die bisherigen Andeutungen werden genügen, um das Nachdenken im Allgemeinen darauf hinzuführen, in welchen Grad von Haltlosigkeit das Prinzip der formalen Wahrheit als die bisherige Grundlage für die Feststellung des Sachverhaltes im deutschen Civilprozesse versunken sei. Der Verfolg dieser Linie vermag sein Ziel nie von selbst zu erreichen, von welchem Nutzen kann es also sein, ihn wenigstens theilweise und bis auf halben Weg zu versuchen? Das übliche Mittel aber, um die Kluft auszufüllen und auf die andere Seite hinüber zu kommen, ist ganz verkehrt und gewiß schlimmer als das Niederfallen aller Schranken der Urtheilsfindung,

12) Ein Minister, der auch nur ein Todesurtheil zum Vollzuge begutachtete, welches sich auf eine Ueberweisung aus Anzeigungen gründete, hat zum voraus für den Entwurf seiner Gerichtsordnung den Art. 1353. des C. Nap. genehmiget und sich moralisch verpflichtet, ihm nicht entgegen zu sein, wonach die gemeinen Vermuthungen der Einsicht und dem vernünftigen Ermessen der Richter überlassen sind, welche jedoch einen vollen Beweis nur da annehmen sollen, wo dringende, bündige und übereinstimmende Vermuthungen über die Sache zusammentreffen.

weil es auf eine Versagung der Gerechtigkeit und des richterlichen Amtes selbst hinausläuft, indem es den Ausgang des Streites beinahe immer dem Eidschwure der einen Partei überläßt. Die Natur und das Licht der Vernunft, die Eingebungen einer geläuterten Erfahrung lassen sich nimmer in Bande schlagen. Jeder Richter muß in seiner Macht haben, eine Sache in dem natürlichen Lichte zu beschauen, für dasjenige zu halten und zu erkennen, was sie wirklich ist; durchgreifende Regeln hiefür sind nicht möglich, weil jeder Fall eigenthümlich, nie einer ganz ebenso wie der andere gestaltet ist. Jeder Zwang, der ihm hiebei angethan wird, muß sein Gewissen empören, wenn er das letztere noch überhaupt zu Rath zieht; jedes Mißtrauen, ob er hiezu auch das Geschick und die Ehrlichkeit besitze, ist die bitterste Kränkung, die seiner Ehre widerfahren kann. Nicht in den Formen fremder Prozeßgesetze beruhen die Vorzüge einer Rechtspflege, welche sich über die Gebrechen der bisherigen erheben will; ein verjüngter Geist, eine neue Kraft muß das Ganze beseelen, wenn etwas Haltbares von bleibender Dauer und von gutem Klange geschaffen werden soll. Möchte man bei dieser Arbeit, die sich schon so lange fortspinnt, doch nie die treffende Bemerkung Voltaire's aus den Augen verlieren: „Die erste Pflicht eines „Richters ist immer, gerecht zu sein, ehe er zum Formalisten wird." Quest. sur l'Encycl. Art. *Conscience*.

Zweiter Abschnitt.

Die Beweisregeln im französischen Civilprozesse; ihre Wechselbeziehung zu denen des deutschen.

Die Beweisregeln des deutschen gemeinen, und die des bayerischen Prozesses insbesondere sind hinlänglich bekannt; zwischen beiden findet sich kein bedeutender Unterschied vor. Eine ziemlich verbreitete Meinung besteht darin, der französische Civilprozeß habe mit seiner Grundlage der innigen Ueberzeugung das Urtheil über die Thatsachen des Falles gleichfalls von allen positiven Vorschriften über die Würdigung der Beweise freigegeben, wie solches bei dem Wahrspruche der Geschwornen der Fall ist. Hierin liegt jedoch ein leicht zu bemerkender Irrthum. Das Civilgesetzbuch hat in den Art. 1315 — 1369 eine Reihe von Grundsätzen über den Beweis der Verbindlichkeiten und der Zahlung aufgestellt, welche auch auf Rechte ähnlicher Art bezogen werden; nur dasjenige, was

diese offen lassen, bleibt Sache des richterlichen Ermessens 1). Auch die Prozeßordnung konnte nicht umhin, einige Anleitungen in gleicher Richtung zu geben. Was jedoch die letzteren auszeichnet, ist die fakultative Haltung der aufgestellten Regeln, welche überall, statt dem Gewissen einigen Zwang aufzuerlegen, vielmehr nur darauf berechnet scheinen, jede Nöthigung in der Ferne zu halten, und die richtige Auffassung einer Verhandlung in all' ihren Theilen, was für zugestanden oder widersprochen anzunehmen, was gewiß sei und was noch in Zweifel stehe, vertrauensvoll der Umsicht der Richter zu überlassen 2). Die Summe jener Regeln des Civilrechtes drängt sich im Wesentlichen auf folgende Hauptsätze zusammen:

1) Eine öffentliche Urkunde, das ist vor Allem ein competenter Weise errichtetes Notariatsinstrument macht vollen Beweis über den Vertrag oder die sonstige Erklärung, die darin enthalten ist, zwischen den Parteien, ihren Erben und Rechtsfolgern, selbst in Ansehung ihres blos erzählenden Inhaltes, insoweit dieser auf die eigentliche Willenshandlung einen unmittelbaren Bezug hat; alle Reverse — contre-lettres — wodurch beurkundete Verpflichtungen wieder im Geheimen erlassen oder abgeändert werden, gelten aber nur unter den Parteien und nie gegen Dritte. Art. 1317—21. C. N.

2) Von anerkannten oder für anerkannt zu haltenden Privaturkunden gilt dasselbe; gegen Dritte beweisen Privaturkunden nur von dem Tage an, wo sie ein sicheres Datum haben, d. h. an welchem ihre Errichtung und ihr wesentlicher Inhalt durch Eintrag in die Taxregister, ein Inventar oder Obsignationsprotokoll oder den eingetretenen Tod des Ausstellers oder eines von mehreren Ausstellern objektiv und auf andere Art als durch ihr eigenes Datum bekundet ist. Art. 1322—32. 3a).

---

1) Der Grund, warum das Civ.Ges.Buch die Lehre von den Beweisen in sich aufnahm, scheint in einer Nachahmung Pothiers zu liegen, welcher in seiner Abhandlung über das Recht der Verbindlichkeiten am Schlusse natürlich auch die Art, sie zu beweisen, mit in seine Erörterung gezogen hatte. Vgl. Bonnier, traité des preuves Nr. 3.

2) Daß diese fakultative Haltung der Gesetze eine Consequenz der freien Beweisführung im Civilprozesse sei, hat gründlich nachgewiesen Endemann im Archiv f. civ. Pr. Bd. 41. S. 340 ff. Es heißt daselbst: „In dem Beweisverfahren selbst hat, wenn ihm die materielle Wahrheit (als Ziel) vorschwebt, die Fiktion überall keine Berechtigung."

3a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII. S. 161 ff. 177 ff., wo dieselbe Regel auch für den deutschen Prozeß vindicirt wurde.

3) Schriftliche Anerkenntnisse einer älteren Urkunde oder Bezugnahmen auf dergleichen befreien in der Regel nicht von Beibringung der letzteren, sondern nur in bestimmten Ausnahmsfällen, wenn sie von einem dreißigjährigen Alter und anderen Behelfen unterstützt sind (referens sine relato nihil probat). Spätere Anerkenntnisse heilen wohl die Fehler einer früheren Urkunde, welche sich auf die Freiheit des Willens im Handeln beziehen, nicht aber diejenigen, womit solche ein gesetzliches Verbot behaftet hat. Der freiwillige Vollzug eines Vertrages gilt immer für ein Anerkenntniß desselben. Art. 1337—1340.

4) Der Zeugenbeweis und folgeweise auch der durch Vermuthungen ist ausgeschlossen über alle Verträge, eingegangene Verbindlichkeiten oder geleistete Zahlungen im Betrage über 150 Fr., es sei denn, daß eine schriftliche Bescheinigung mittels einer vom Verpflichteten selbst ausgegangenen Urkunde bereits vorliege (z. B. Brief, Zeugniß, Rückbezug in einer anderen Schrift u. dgl.), in welchem Falle derselbe zur Ergänzung wieder zugelassen wird. Ausgenommen von jener Regel sind wohl Haftungen aus Vergehen, Quasicontrakten oder solchen Verträgen, wobei wegen dringender Umstände eine schriftliche Urkunde nicht wohl ausgestellt werden konnte, z. B. die Uebergabe zur Aufbewahrung in dringender Gefahr, nicht aber die geleistete Zahlung oder das Darlehen und andere Realcontrakte, von denen die Regel des röm. Rechtes gilt: re contrahitur obligatio. Mündliche Nebenabreden zu allen schriftlichen Verträgen, sie seien vor, während oder nach Abschluß der letzteren getroffen, können in keinem Falle durch Zeugen erprobt werden. Art. 1341—48. [3b]).

5) Rechtsvermuthungen überheben der Beweislast, lassen aber in der Regel den Beweis des Widerspieles zu; die Würdigung gemeiner Vermuthungen bleibt der Umsicht und dem vernünftigen

[3b]) Die Fragen, ob ein wirksames Anerkenntniß einer früheren Verbindlichkeit oder ein freiwilliger Vollzug derselben vorliege, und was als eine schriftliche Bescheinigung gelten dürfe, um den Zeugenbeweis über Verpflichtungen zuzulassen, zählt der Cassationshof zum Rechtspunkte und läßt dieselben unbedenklich in den Umkreis seiner Zuständigkeit eintreten. Der Zeugenbeweis ist auch noch ausnahmsweise zulässig in Handelssachen, vorausgesetzt, daß das Gericht solchen zuzulassen für gut findet. Art. 109. C. Com. Pigeau, la Proced. civ. II, 2. Tit. 3. Ch. 1. bemerkt in dieser Beziehung: „Die erste Ausnahme von dem Verbote des Zeugenbeweises besteht in Handelssachen. Hier bleibt es dem Ermessen der Gerichte überlassen, diese Probe jedesmal zuzulassen, so oft sie es nach den Umständen des Falles und dem Rufe der Parteien angemessen finden, ohne sich strenge an die gesetzlichen Einschränkungen zu binden."

Ermessen der Richter überlassen, welche den vollen Beweis nur dann annehmen sollen, wenn dringende, schlußbündige und übereinstimmende Vermuthungen zusammentreffen, und zwar nur über Punkte, wofür der Zeugenbeweis zugelassen ist, ausgenommen wenn es sich um den Angriff auf eine Urkunde wegen Betruges oder Arglist handelt. Art. 1349 — 53.

6) Das gerichtliche Geständniß macht volle Probe gegen denjenigen, der es abgelegt hat, kann aber gegen ihn selbst nicht getheilt werden, d. h. ein sogenanntes qualificirtes Geständniß kann die Beweislast über die daran hängenden Einschränkungen dem Bekennenden nicht zuwälzen. Ueber den Widerruf des Geständnisses gelten dieselben Grundsätze, wie im deutschen Rechte; ein außergerichtliches Geständniß ist aber nicht beweiskräftig in Sachen, in denen der Zeugenbeweis ausgeschlossen ist. Art. 1354 — 56. [3c]).

7) Die Zu- und Zurückschiebung des Haupteides findet nur über persönliche Handlungen desjenigen, der schwören soll, statt, d. h. über solche, von denen er eigenes unmittelbares Wissen haben muß. Ist derselbe abgeschworen, so darf die Gegenpartei nicht mehr zur Probe der Falschheit des Eides zugelassen werden. Wer einen zu- oder zurückgeschobenen Eid verweigert, der muß mit seiner Klage oder Einrede, worauf sich der Eid bezieht, unterliegen, d. h. es ist immer zu Gunsten seines Gegners zu erkennen. Dasselbe gilt auch, wenigstens in der Regel, von dem Erfüllungs- oder Reinigungseide, den der Richter einer Partei von Amtswegen auferlegt, um davon die Entscheidung der Sache abhängig zu machen. Der Würdigungseid ist nur ganz aushilfsweise, wenn es auf andere Art unmöglich ist, den Werth einer Sache zu erheben, und nur mit einem richterlichen Ermäßigungsrechte zugelassen. Art. 1357 — 69.

8) Für die Würdigung des Zeugenbeweises fehlt jede Anleitung; die Folge hievon besteht unstreitig darin, daß derselbe gleichfalls dem billigen Ermessen der Gerichte überlassen ist, weshalb auch Merlin in seinem Repertorium Sect. 3. Nr. 5. die durch ein Erkenntniß des Cassationshofes v. 22. Nov. 1815 unterstützte Bemerkung macht, daß hiebei der Richter ganz ungebunden wie ein Geschworner zu urtheilen habe.

Auch die Prozeßordnung fand nöthig, einige Regeln über

[3c]) Auch darüber, ob in Prozeßschriften ein gerichtliches Geständniß, welches ein Gericht darin fand, wirklich enthalten sei, hält sich der Cass.-Hof für competent zu erkennen. Gaz. d. Trib. v. 8. April 1859.

die Annahme der Gewißheit, und besonders über die Folgen des stillschweigenden Geständnisses aufzustellen. Die erheblichsten hievon sind folgende:

9) Wenn der Beklagte auf die erste Ladung nicht erscheint, so besteht die Folge seines Ungehorsams darin, daß dem Kläger seine Anträge zugesprochen werden, vorausgesetzt, daß sich dieselben gerecht und wohl bewahrheitet finden, — justes et bien verifiées —; den Gerichten bleibt jedoch immerhin vorbehalten, von dem Kläger seine Urkunden abzufordern und nach deren Einsicht das Urtheil in der nächsten Sitzung zu fällen. Art. 150. Die Folgen dieses Ungehorsames kann der Beklagte immer wieder völlig dadurch abwenden, daß er binnen einer Frist von acht Tagen oder nach Umständen bis zum ersten Vollstreckungsakte, der ihn berührt, Einspruch gegen das Urtheil einlegt, worauf derselbe ohne allen Nachweis einer Verhinderung mit seiner vollen Vertheidigung nachträglich noch zugelassen wird und das Contumazial-Urtheil wieder zurückgenommen werden kann. Diese Vorschrift ist die einzige über das stillschweigende Zugeständniß des ungehorsam Ausgebliebenen; der Gerichtsgebrauch hat jedoch das Erforderniß eines grundhaltigen Nachweises durch den Kläger längst bei Seite geschoben, demselben werden vielmehr immer seine Anträge zuerkannt, wenn sie nur durch sein eigenes Vorbringen gerechtfertiget sind, die Stelle jener verlangten Verification vertritt gleichsam das Ausbleiben des Beklagten selbst. Wohl bewährt sind die Anträge dann, wenn sie grundhaltig dargelegt und im Ganzen glaubwürdig sind. Der IV. Abschnitt wird unten hierauf zurückkommen.

10) Derjenige, gegen den man sich einer Privaturkunde bedient und dem man sie hiezu mittheilen läßt, ist immer verbunden, zu erklären, ob er sie als ächt anerkenne oder nicht; rührt sie von seinem Erblasser oder einem anderen Rechtsvorgänger her, so kann er auch erklären, die Unterschrift nicht zu kennen. Art. 1323. C. N. Wird aber einer Urkunde auf einem dieser Wege die Anerkennung versagt, so kann das Gericht den Aechtheitsbeweis verordnen — Art. 195. C. Pr. —, woraus folgt, daß es denselben als überflüssig auch umgehen könne, wenn es bereits für sich auf andere Weise von der Aechtheit überzeugt ist.

11) Wenn bei dem förmlichen Aechtheitsbeweise einer Privaturkunde der vorgeladene Produkt im Termine nicht erscheint oder sich nicht erklärt, so wird die Urkunde ohne weiters für ächt gehalten. Bleibt aber derselbe im späteren Termine zur Schriften-

vergleichung aus, so kann sie nach richterlichem Ermessen für anerkannt gehalten werden. Art. 194, 199.

12) Wenn bei dem unternommenen Fälschungsbeweise einer öffentlichen Urkunde das Original derselben nicht beigeschafft werden kann, so ist den Richtern überlassen, das Sachgemäße deshalb nach Lage der Umstände zu erkennen oder zu verfügen. Art. 222.

13) Nach Art. 12. C. Com. können ordentlich geführte Handelsbücher von den Richtern unter Kaufleuten als ein vollständiges Beweismittel in Handelssachen zugelassen werden.

14) Bei dem ordentlichen Zeugenbeweise finden sich, wie im deutschen Prozesse, Artikel und Responsionen ein. Wenn aber der Gegner des Zeugenführers die ihm mitgetheilten Beweisartikel binnen einer gewissen Frist nicht beantwortet, so können dieselben für zugestanden angenommen werden. Art. 252.

15) Wenn die Gegenpartei selbst über bestimmt artikulirte Thatumstände abgehört werden soll, und im Termine hiezu nicht erscheint, oder auch die Antwort verweigert, so können die Artikel als zugegeben betrachtet werden. Art. 330.

16) Bei dem Beweise durch Sachverständige sind nicht nur die Richter selbst berechtiget, ihr Urtheil durch die Einvernahme eines oder mehrerer Männer von Fach und technischen Kenntnissen zu bereifen, sondern sie sind auch an die Gutachten aller Sachverständigen gar nicht gebunden, wenn sich ihre Ueberzeugung denselben widersetzt. Art. 322, 323.

Mehrere der bisher angeführten Regeln, besonders von denen, die in der ersten Klasse zusammengestellt sind, geben hier zu einigen Bemerkungen Anlaß.

A. Nach Art. 1341. C. N. findet über alle Verträge, Verbindlichkeiten und Zahlungen im Belaufe über 150 Fr. nur der Beweis durch Urkunden statt; der Zeugenbeweis und was ihm gleich kömmt, der durch Vermuthungen und ein außergerichtliches Geständniß bleiben ausgeschlossen, ausgenommen zur Ergänzung einer bereits beigebrachten schriftlichen Bescheinigung, die von dem Verpflichteten selbst ausgehen muß. Unter dieser Wendung wollte der Sache nach das Civilgesetzbuch den Grundsatz aufstellen, den schon das preuß. Landrecht festhielt, daß die schriftliche Errichtung oder sonstige Beurkundung ein Erforderniß zur civilrechtlichen Gültigkeit der Verträge, eine Bedingniß ihrer wirksamen Verfolgbarkeit sei,

und daß neben derselben blos eine obligatio naturalis bestehe, die zwar durch jene Anregung, welche ein zugeschobener Eid dem Gewissen des Verpflichteten gibt, ergründet werden kann, wobei aber Alles eben wieder seiner Gewissenhaftigkeit und seinem Ehrgefühle überlassen ist, indem nach abgeschwornem Eide der Berechtigte zum Beweise des Meineides nicht mehr zugelassen wird. Das freie Zugeständniß erkräftiget einen solchen Vertrag gleichfalls und macht ihn klagbar. Ueber diesen Punkt verdient wohl unbedenklich das System des preuß. Landrechtes den Vorzug, welches geradezu den Rechtsbestand des Vertrages selbst von der schriftlichen Errichtung abhängig macht, um in der beigesetzten Unterschrift beider Theile den Augenblick sicher zu fixiren, welcher das Zusammentreffen ihrer Willensmeinungen zum unwiderruflichen Vertrage erhebt, auf der anderen Seite aber auch die Realcontrakte und die Zahlung durch Beweismittel aller Art herstellen läßt, ohne an die schriftliche Errichtung gebunden zu sein. Pr. LR. I, 5. §§. 131, 134, 144; I, 11. §. 727. Wenn der Quasicontrakt nach dem franz. Civilrechte durch Zeugen bewiesen werden kann, warum nicht auch der Realcontrakt, wobei doch auch die Verbindlichkeit durch eine Handlung, die Hingabe von Geld oder Sachen begründet wird?

B. Nach Art. 1356. C. N. macht das gerichtliche Geständniß zwar volle Probe, es kann aber gegen den Bekennenden nicht getheilt werden. Diese Bestimmung hängt innig zusammen mit Art. 2279, welcher in Bezug auf Mobilien den wichtigen Grundsatz aufstellt, daß der körperliche Besitz für einen Titel gelte, d. h. die Rechtsvermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes für den Besitzer begründe. Jene Regel von der Untheilbarkeit des Geständnisses ist in Deutschland häufig mißverstanden und noch öfter getadelt worden; sie ist aber gleichwohl die natürlichste von Allen, die sich hierüber vorzeichnen lassen. Wer durch sein Zugeständniß die Waffen aus der Hand legt oder sie vielmehr seinem Gegner selbst freiwillig überliefert, der hat gewiß alles Recht zu verlangen, daß ihm auch in Allem, was davon abhängt, voller Glauben geschenkt und seine Wahrheitsliebe nicht als Schlinge um sein Recht zugezogen werde. In gleichem Sinne schreibt bereits die bayer. GO. K. XII. §. 1, Nr. 10 vor, was nur bedingnißweise eingestanden werde, das könne auch andergestalt nicht, als mit der nämlichen Bedingniß auf- und angenommen werden. Ein Mißbrauch ist gar nicht zu fürchten; denn das Geständniß wird im franz. Prozesse auf der Stelle wieder theilbar, sobald der Gegner andere Proben in der Hand hat, die

ihn der Nothwendigkeit überheben, sich auf dasselbe zu stützen [4]). Wer z. B. einräumt, von einem Verstorbenen zwei Jahre vor seinem Tode 200 Fr. geliehen erhalten, sie aber ein Jahr darauf wieder zurückbezahlt zu haben, dem muß auf sein Wort auch in dem letzten Punkte geglaubt werden, eben weil das Vermissen jedes Schuldscheines unter den Papieren des Erblassers, mit dem doch nur allein das Darlehen erwiesen werden könnte, die Vorgabe unterstützt, daß eine Schuld nicht mehr bestehe; findet sich aber ein solcher Schein vor, so muß nun der Schuldner seine Zahlung beweisen, er mag nun den Empfang eingestehen oder nicht [5]).

C. Das Fehlen aller Vorschriften über die Würdigung des Zeugenbeweises ist gewiß eine der glücklichsten Neuerungen, welche das französische Recht einführte. Hiemit fällt natürlich auch die Eintheilung der Zeugen in klassische und exceptionsmäßige von selbst zusammen, da den Gerichten überlassen bleiben muß, wie viel sie jedem Zeugen nach seinem Wesen, Wandel, Charakter und Leumund auf sein Wort und seinen Eid zu glauben für gut finden. Zwar gibt es nach der Prozeßordnung außer den untüchtigen noch immer einwendungsmäßige Zeugen, worunter aber nur solche ver-

4) Boncenne in seiner Theorie de la Proced. civ. T. I. Nr. 98 bemerkt hierüber: „Die Regel von der Untheilbarkeit des Geständnisses erleidet mehrere Ausnahmen. 1) Wenn eine Partei in der glücklichen Lage ist, eine Erklärung verschmähen zu können, deren sie gar nicht bedarf, um die Wirklichkeit eines gegebenen Darlehens festzustellen, so hieße es gewiß ihr Recht zu geringschätzig behandeln, wenn man es nicht wagen wollte, das Geständniß ihres Gegners zu theilen und den letzteren deshalb für liberirt erklärte, weil es ihm gefällig war, unter dieser Bedingniß die Schuld einzugestehen ... 4) Noch eine Ausnahme besteht darin, wenn ein Theil des Geständnisses ganz offen gegen die Wahrscheinlichkeit verstößt und zur Absurdität wird. Jedermann kann sich leicht Beispiele hiefür denken." (Vgl. Anh. I. Nr. 51, 62.)

5) Das englische Recht stimmt hiemit überein. Wenn eine Partei mit einem Geständnisse, welches ihr zum Nachtheile gereicht, eine für sie günstige Behauptung verbindet, so ist eine Trennung dieser beiden Aeußerungen unstatthaft. Wenn man den einen Theil des Gesagten gegen die betreffende Partei benützt, so muß man auch den anderen Theil ihr zu Gutem kommen lassen. In einer gerichtlichen Parteischrift würde ein qualificirtes Geständniß vor den Rechtshöfen gar nicht als ein Bekenntniß in Betracht kommen. Wenn dagegen eine Partei durch einen Billigkeitshof genöthigt wird, sich persönlich über den streitigen Sachverhalt zu äußern und in Folge dessen gewisse Thatsachen, die ihr nachtheilig sind, zugesteht, dagegen andere ihr vortheilhafte zu deren Entkräftung anführt, so ist eine Trennung dieser verschiedenen Erklärungen statthaft. Rüttimann's engl. Civ.-Proz. §. 352.

standen werden, deren Abhör sich der Gegner ganz verbitten kann, wie sich unten im X. Abschnitte vom Zeugenbeweise näher zeigen wird. Die Regel im deutschen Prozesse, wonach nur zwei klassische Zeugen einen vollen und nothwendigen Beweis machen, lehnt sich offenbar an die Bestimmungen des röm. Rechtes in fr. 12 de test. (22, 5) und C. 4 u. 9 §. 1 eod. (4, 20) an. In der ersten dieser zwei Stellen des Codex wird schon gesagt, eine Zeugenaussage solle nichts beweisen, wenn sie nicht von anderen rechtmäßigen Nebenbehelfen unterstützt sei, — nec aliis legitimis adminiculis causam approbatam; warum sollten aber diese Nebenbehelfe nicht auch Vermuthungen oder ein zweiter minder glaubwürdiger Zeuge sein können? In der zweiten Stelle hatte Kaiser Constantin nur verordnet, die Richter sollten die Aussage eines Zeugen nicht leicht als vollbeweisend annehmen, — ut unius testimonium nemo.... *facile patiatur* admitti. Vor der Revolution galten diese Regeln gleichfalls in der franz. Jurisprudenz wie in der deutschen, einzelne Gerichtshöfe hatten sogar noch andere aufgestellt. So ließ das Parlament in Toulouse den einwendungsmäßigen Zeugen nicht, wie im deutschen Rechte, für die Hälfte eines klassischen gelten, sondern nach den verschiedenen Graden seiner Verdächtigung hatte es noch geringere Bruchtheile zu ein Drittel oder ein Viertel hiefür erfunden; bei anderen Parlamenten waren alle Frauenspersonen verdächtig, es mit der Wahrheit nicht so genau zu nehmen, und daher nur halb glaubwürdige Zeugen; ja an manchen Orten galt sogar das Zeugniß einer Jungfrau mehr als das einer Wittwe [6]). Zwei Regeln übten aber unter allen Umständen eine weit verbreitete Herrschaft aus, die darin bestanden, daß ein einzelner Zeuge für sich allein nie vollen Beweis mache, zwei Zeugen hingegen durch ihre Uebereinstimmung einen nothwendigen Beweis lieferten, durch den die Ueberzeugung der Richter in dem Grade gebunden sei, daß sie keinem Zweifel daran mehr Raum geben dürften [7]). Schon auf den ersten Blick muß sich hiegegen ein Bedenken aufdringen. Wie sollte es möglich sein, alle nicht ganz glaubwürdigen Zeugen in eine Klasse zusammenzuwerfen, die Ehefrau, die so zu sagen ein alter ego des Mannes ist, an seinen persönlichen und Vermögensinteressen den innigsten Antheil nimmt, mag ihr Güterstand sein, welcher er will, mit dem Seitenverwandten im vierten Grade, der den Zeugenführer

6) Die erste Spur des Zweifels an der Fähigkeit der Frauen, Zeugschaft zu leisten, findet sich bereits in fr. 18 de test. (22, 5).

7) Vgl. Boitard, Leçons sur le Code de Proced. civ. T. I. Nr. 508.

zuweilen gar nicht als Herr Vetter kennt? Wie ist es nur entfernt möglich, einen Grademesser für die Glaubwürdigkeit der Zeugen aufzustellen, die doch in jedem einzelnen Falle so sehr von den Umständen und von dem Inhalte ihrer Angaben selbst wieder abhängt?

Das neuere französische Recht hat durch sein Schweigen über jene veralteten Regeln sie alle außer Curs gesetzt, und dafür die Anleitung des Kaiser Hadrian in fr. 3 §. 2 de test. (22, 5) wieder zu voller Geltung erhoben, die man mit goldenen Buchstaben in jede Prozeßordnung einschreiben sollte, und worauf merkwürdiger Weise selbst die Anmerk. zur bayer. GO. K. X. §. 17 litt. e am Schlusse empfehlend hinweisen: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiunt, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur; alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; *sed ex sententia animi tui te aestimare oportere*, *quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.* Eine hiemit übereinstimmende Vorschrift findet sich noch in fr. 21 §. 3 eod. gegeben: Confirmabit judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et *quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit.* Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, *et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.* Vergl. ferner fr. 13 de prob. (22, 3). Jene ganze Vorschrift des Codex wollte im Grunde nichts Anderes, als eine Rechtsvermuthung dafür aufstellen, daß nur dasjenige, was zwei gute Zeugen aussagen, als wahr anzunehmen sei; eine materielle Gewißheit war auch hiemit nicht erzielt[8]). Eine Rechtsvermuthung läßt aber nicht blos den Gegenbeweis zu, sondern kann nach anderen Stellen auch durch mehrere zusammentreffende gemeine Vermuthungen ersetzt oder auch wieder überboten und verdrängt werden. Ganz consequent zog also das neuere französische Gesetz vor, alle Rechtsvermuthung hier bei Seite zu lassen, und vielmehr das ganze Gewicht des Zeugenbeweises der Herrschaft der

8) De Cesare, delle pruove in mat. civ. S. 189, bemerkt hierüber: „Alle gerichtlichen Beweise vermögen unter dem philosophischen Gesichtspunkte niemals eine vollkommene und augenscheinliche Darlegung des Wahren zu begründen, sondern nur jenen Grad von Gewißheit zu erzielen, welcher nöthig ist, um den Geist in der Erforschung und Erkenntniß einer Wahrheit zu beruhigen."

Umstände und gemeinen Vermuthungen zu unterwerfen, der freien aber behutsamen Abwägung der Richter in jedem Falle selbst zu überlassen. Das Erforderniß zweier klassischer Zeugen ist übrigens in jedem Falle viel zu hoch gespannt. Hierüber bemerkt Bonnier in seinem traité des preuves Nr. 15 sehr treffend: „Uebt die Erklärung eines ehrlichen Mannes (über eine Sache, die er mit ansah) nicht eine sympathetische Gewalt aus, welche die Ueberzeugung aller deren mit sich fortzieht, die ihn hören?" Auch im englischen Prozesse des gemeinen Rechtes macht Eine Zeugenaussage vollen Beweis. Vergl. Rüttimann's engl. Civilprozeß §. 361 und die dort in Beilage I. S. 235 angeführte Aeußerung Blackstone's. Dieselbe Bemerkung gilt so ziemlich auch von dem außergerichtlichen und blos mündlichen Geständnisse. Ist dasselbe in vollem Ernste und mit der Absicht, die Wahrheit zu sagen, abgelegt, so läßt sich nicht absehen, warum es nicht ebenso voll beweisen sollte, wie das schriftliche; tritt aber ein erheblicher Zweifel gegen jene Voraussetzung ein, so beweist es gar nichts. Der Mittelweg der bayer. GO., daß es um eben dieser Bedenken willen in jedem Falle nur halb beweisen solle, ist jedenfalls höchst willkürlich und für eine gesunde Kritik ein nichtbefriedigendes Auskunftsmittel.

Wenn man nunmehr die wenigen Beweisregeln des franz. Rechtes der künstlich ausgesponnenen Beweistheorie des deutschen Prozesses gegenüberstellt, so könnte man vielleicht glauben, der letztere sei der gerade Gegenfüßler der Freiheiten, die wir in dem ersteren einheimisch finden; eine nähere Vergleichung beider wird jedoch das Gegentheil hievon bewähren. Wer die Wege, die sich auf beiden Seiten hinziehen, um die Wahrheit der Thatsachen zu ermitteln, in einer parallelen Richtung mit Umsicht verfolgt, der muß sich bald überzeugen, auf wie vielen Punkten sich dieselben berühren und hart aneinander liegen. Selbst kurz vor dem Ziele treffen beide nicht selten wieder auf einem Punkte zusammen, wo man doch ihre Uebereinstimmung am wenigsten vermuthen sollte.

Die erheblichsten Abweichungen des deutschen Prozesses von dem französischen in der Würdigung der Beweise thun sich wohl auf zwei Punkten hervor, erstlich darin, daß in jenem der Zeugenbeweis formell gebunden und einem festen Tarife unterworfen ist, welcher zwei klassische Zeugen zum vollen Beweise erfordert, diesen auch zu glauben gebietet, zwei einwendungsmäßige aber einem klassischen gleichstellt, zweitens in der ängstlichen Zurücksetzung des Beweises durch gemeine Vermuthungen, welche durch ihr Zusammen-

treffen in der Regel wenigstens keinen vollen, sondern höchstens nur halben Beweis liefern, der der Aussage eines klassischen Zeugen gleich kömmt. Jener erste Grundsatz stammt aus dem römischen Rechte ab, wie oben gesehen; der zweite ist demselben geradezu entgegen, in Civil- wie in Criminalsachen, wie mehrere Stellen bewähren. Vgl. C. 19 de rei vind. (3, 32): Indicia certa, quae jure non respuuntur, non minorem probationis, quam instrumenta, continent fidem. C. 25 de prob. (4, 19): Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, instructa apertissimis instrumentis vel *indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus* expedita. Nur der Aengstlichkeit der deutschen Rechtsgelehrten war es vorbehalten, dieses so natürliche und oft so unentbehrliche Mittel für die klare Einsicht einer Sache zu vernachlässigen und einer unbilligen Verdächtigung Preis zu geben.

Wenn wir aber die Sache bis auf den letzten Grund verfolgen, und durch den Schein der Außenseite in den inneren Bau des ganzen Räderwerkes eindringen, so wird sich bald zeigen, wie die künstliche Beweistheorie beinahe auf jedem Schritte unter die Herrschaft der Umstände zurückfällt, und wie sie nicht vermeiden konnte, jene Grundsätze, welche sie doch so feierlich zur Schau trägt, in zahlreichen und wichtigen Ausnahmsfällen wieder zu verlassen oder zu durchbrechen. Die nachfolgende Hinweisung auf einige der hieher gehörigen Punkte schließt sich zunächst an das bayer. Partikularrecht an; dasselbe wird nur selten in einem wichtigen Punkte von dem gemeinen Prozesse abweichen.

a) Zum vollen Beweise erfordert die bayer. GO. K. X. §. 17 Nr. 5 bekanntlich zwei klassische Zeugen; allein zu den exceptionsmäßigen zählt dieselbe Alle, welche bei der Sache mittelbar interessirt sind, die dem Zeugenführer mit besonderen Pflichten oder Zuneigung zugethan, oder einer Bestechung, oder großen Feindschaft wider den Gegentheil verdächtig sind. Alle diese Voraussetzungen können aber nur aus einer freien Ueberschau der Umstände eines jeden Falles ermittelt werden, von denen auf solche Weise abhängt, ob ein Zeuge gar nicht, mittel- oder unmittelbar bei der Sache betheiliget sei, ob er untüchtig, ein einwendungsmäßiger oder ein klassischer Zeuge sei. Das ganze Schicksal eines Zeugenbeweises kann daher zuweilen von der Lage der begleitenden Umstände abhängen.

b) Nach GO. K. III. §. 3 Nr. 1 soll man in Kleinigkeiten unter 50 fl. keinen schriftlichen Prozeß und noch minder weitläufige

Proben gestatten, sondern dieselben gleich durch mündliches Verhör der Billigkeit nach zu entscheiden trachten. Alle mündliche Verhörshändel waren dadurch vor Billigkeitsgerichte verwiesen und somit von selbst von allen künstlichen Beweisregeln freigegeben. Nach K. X. §. 13 Nr. 5 kann in Sachen von geringem Präjudice auch ein einziger Zeuge volle Probe machen. Die Novelle von 1837 zur GO. hat diese letzte Bestimmung in ihrem §. 15 wieder gegeben, die erste mit Stillschweigen übergangen; ohne allen Grund wird hieraus die Folge gezogen, sie habe dieselbe wieder aufgehoben.

c) Vereinzelte Zeugenaussagen können nicht blos durch den Erfüllungseid, sondern auch durch andere Nebenbehelfe — aliis legitimis adminiculis — zum vollen Beweise ergänzt werden; denn nach K. IX. §. 2 sollen mehrere unvollkommene Proben nur in Fällen von großer Wichtigkeit und nur in der Richtung gegen den Beklagten nie einen vollständigen Beweis machen. Was sind aber Fälle von großer Wichtigkeit, und wie muß die Ergänzung des sog. halben Beweises beschaffen sein? Alles hängt wieder von der Individualität des Falles, mithin dem Dafürhalten der Richter ab.

d) Eine große Streitfrage betrifft die *Singularitas testium*, das Zusammenzählen zweier Aussagen, die sich um verschiedene Punkte drehen. Die Anmerk. zur GO. K. X. §. 17 litt. e am Schlusse weichen der Annahme jeder bestimmten Regel hierüber aus, sondern erklären die Sache ausdrücklich für arbitrarisch, wobei sie auf das schon oben vorgekommene Rescript des Kaisers Hadrian hin verweisen, gleichwie sie an derselben Stelle litt. c der richterlichen Ermäßigung überlassen, wieviel man einem Zeugen zutrauen wolle, dessen Aussage innerlich unwahrscheinlich ist.

e) Den größten Riß in das Prinzip der formalen Wahrheit beim Zeugenbeweise hat aber die GO. K. X. §. 20 Nr. 7 sich erlaubt, wo es heißt: „Wo zwei oder mehr gleichförmige Zeugen gegen zwei oder mehr dergleichen stehen, so ist weder auf die Anzahl und Würde derselben, sondern lediglich auf die Wahrscheinlichkeit der Aussagen zu sehen, mithin sind jene, welche am wahrscheinlichsten deponiren, den andern vorzuziehen." Es hätte wohl hier auch heißen können, der numerische Ueberschuß der Zeugen bleibt wirksam und gibt den Ausschlag. Doch nein, die gesunde Vernunft hat hier einen bemerkenswerthen Sieg davon getragen, das richterliche Ermessen nach Lage der Umstände entscheidet über die ganze zweifelhafte Frage.

f) Ueber die volle Beweiskraft der öffentlichen und

Privaturkunden, ihre Aechtheit vorausgesetzt, sind beide Gesetze, das deutsche wie das französische, einig; allein die bayer. GO. hat auch hier dem richterlichen Ermessen ein weites Feld offen behalten. Das Kap. XI. §. 4 überstellt es richterlicher Ermäßigung, ob und in wieweit alten in Archiven vorfindlichen Abschriften Glauben beizumessen sei. Nach den Anmerk. zu §. 8 litt. f kann der Fälschungs-Beweis gegen eine Urkunde zwar nicht per indicia falsi levia aut remota, wohl hingegen per proxima et manifesta geführt werden[9]). Nach §. 9 soll der Richter bei sichtlichen Mängeln eines Dokumentes alle Umstände, und insbesondere, ob der Mangel nur blose Neben- und gleichgültige Dinge betreffe, genau beobachten. Nach dem folgenden §. 10 soll unter Umständen von zwei gleichbeschaffenen aber sich zuwiderlaufenden Urkunden die wahrscheinlichere der minder wahrscheinlichen vorgezogen werden, und nach den Anmerk. zu §. 11 litt. k kömmt in Fällen, wo Urkunden und Zeugenaussagen sich entgegenstehen, das meiste ad arbitrium judicis an. Nach §. 6 Nr. 2 ist der Beklagte ausnahmsweise dem Kläger Urkunden herauszugeben schuldig, wo es der Richter für billig findet. Nach §. 12 Nr. 3 muß der zufällige Verlust einer Urkunde durch wahrscheinliche Muthmassungen glaublich dargethan sein, um ihren Inhalt auf andere Art beweisen zu dürfen. Aus einer Vergleichung all dieser Bestimmungen ergibt sich, daß zwei der wichtigsten Punkte, die ganze Beurtheilung des zusammengesetzten Beweises, dann die Abwägung von Beweis und Gegenbeweis auf solche Weise dem richterlichen Ermessen ohne bindende Vorschriften anheim gegeben sind.

g) Von dem Beweise durch Sachverständige verordnet die GO. K. XII. §. 3 Nr. 2, im Falle dieselben etwa in ihren Meinungen nicht zusammenkämen, solle die Sache dem gutachtlichen Ausschlage eines Dritten überlassen, oder von beiden differenten Meinungen derjenigen Beifall gegeben werden, welche mit hinlänglichen und gründlichen Ursachen dem Richter am begreiflichsten dargelegt sei. Wer könnte noch zweifeln, daß jeder Richter hiedurch mit dem Berufe betraut sei, sich auf dem ganzen Felde besonderer Kenntnisse zum Superarbiter aufzuwerfen?

h) Selbst auf dem Gebiete des Eides finden wir die Herr-

---

9) Hienach erkannt vom ob. Ger.-Hofe in München RNr. 1085, 53/54. (Alle nachfolgend-angeführten Registraturnummern sind auf die Registratur des k. Oberappellationsgerichtes in München zu beziehen.)

schaft der Umstände sich ausbreitend. Wenn derjenige, der einen Eid angenommen oder sich dazu erboten hat, vor seiner Ableistung christlich verstorben ist, so wird der Eid pro praestito gehalten, und steht nur in richterlichem Ermessen, ob man die Erben ad juram. credulitatis noch anhalten wolle oder nicht. GO. K. XIII. §. 2 Nr. 7. Um den Erfüllungseid zuzulassen, muß die Sache so beschaffen sein, daß sie der Schwörende allem Vermuthen nach wohl wissen könne. §. 3. Nr. 3. Von dem Reinigungseide sagen die Anmerk. ebendas. litt. f am Schlusse, es sei nicht nöthig de veritate zu schwören, sondern der Eid werde auch allenfalls *de credulitate* angenommen, was doch gewiß nur soviel sagen will, es stehe in richterlichem Ermessen, den Reinigungseid, den Jemand nur über Nichtwissen und Nichtglauben schwören kann, zu erfordern oder ihn davon zu befreien, je nachdem demselben erhebliche Erkenntnißgründe zu Gebote stehen, um sich eine verlässige Meinung über die fragliche Sache gebildet zu haben oder nicht. Wenn der Richter im Zweifel steht, welcher von beiden Parteien er den Erfüllungs- oder den Reinigungseid aufzuerlegen habe, so soll er zuerst die Erfordernisse beider Juramente, und dann die Umstände der Sache selbst und die sowohl pro als contra hieraus entspringenden Vermuthungen,... auch wer von ihnen am glaubwürdigsten sei, wohl in Obacht nehmen. Ebendas. Nr. 8. Endlich steht dem Richter bei dem Würdigungseide zu, nicht nur zwischen grobem und geringem Verschulden zu unterscheiden, sondern auch das befundene Uebermaaß zu mildern und auf ein billigmäßiges Quantum herunterzusetzen. §. 4 Nr. 2 u. 3. Wer kann noch verkennen, daß der Richter hienach an die eidliche Offenbarung der Partei nicht mehr gebunden ist, wenn sich seine innige Ueberzeugung widersetzt?

i) Am weitesten greift die Freiheit der richterlichen Urtheilsschöpfung in solchen Fällen um sich, bei denen es sich um den Beweis durch Vermuthungen und Schlußfolgerungen handelt. Die Vorschrift der GO. K. XII. §. 2. Nr. 1., daß einfache Vermuthungen nie eine volle, sondern höchstens nur eine sog. halbe Probe zu liefern vermögen, steht zwar noch immer als Regel aufrecht, obwohl diese Stelle gleich selbst erläuternd beifügt, die Sache komme meistens auf richterliches Ermessen an. Allein dessen unerachtet sind in den Gesetzen selbst zahlreiche Ausnahmen zugelassen und aufgestellt, in denen Vermuthungen einen vollen Beweis liefern, die höchste Wahrscheinlichkeit für Gewißheit angenommen, die

Conjekturalprobe als die legitime und vollständige Grundlage eines richterlichen Urtheiles vorgezeichnet ist. Dieses letztere gilt namentlich:

1) Vom dolus und jeder Absichtlichkeit, sowie von allen anderen Seelen- und Willenszuständen, bei denen ein anderes Hervortreten in die Grenzen der Wahrnehmung und Erfaßlichkeit gar nicht wohl möglich ist. Die C. 6 de dolo malo (2, 21) verordnete ganz einfach und natürlich: dolum indiciis perspicuis probari convenit, ein Satz, den der §. 69 des Reichsabschiedes von 1594 für das deutsche Recht noch ganz besonders bekräftigte. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI. S. 382; Bd. XVII. S. 272; Bd. XX. S. 384.

2) Dieselbe Regel findet auch in allen übrigen Fällen ihre Anwendung, wo eine gewisse Absicht, ein animus in Frage kömmt; so namentlich für die Absicht zu schenken oder zu erlassen, zu beleidigen oder zu verzeihen, unter der Hand auch ein Gesetz zu umgehen, für den Rechtsbesitz und die Meinung ein Recht auszuüben, oder auf der anderen Seite eine Handlung blos vergünstigungsweise zu dulden, für die ernstliche Eingehung der Verträge oder die Verkleidung und Simulation, für das Anerkenntniß, zufrieden gestellt zu sein, für die Natur und den Umfang der wirkenden Beweggründe und zahlreiche ähnliche Fälle. Vgl. bayer. LR. II, 1 §. 5 in not. Nr. 13; II, 7 §. 5 Nr. 4; III, 8 §. 5; IV, 2 §. 6 Nr. 4; IV, 3 §. 6 und in not. Nr. 3 litt. c, „welches sich auch per prob. conjectur. bewerkstelligen läßt." — Bl. f. RA. Bd. XVI. S. 381; Bd. XVII. S. 261.

3) Für die actio pauliana ist noch ganz besonders verordnet, Partikularzahlungen oder Veräußerungen bei bevorstehendem Concurse könnten von den übrigen Gläubigern auf den Fall widerrufen werden, wenn aus den Umständen erscheine, daß solche nicht redlich, sondern gefährlicher Weise zu ihrem Präjudize und Schaden geschehen seien. GO. K. XIX. §. 19 Nr. 2. Die Anmerk. hiezu fügen litt. b mit Beziehung auf Lauterbach ausdrücklich bei: Sufficiunt enim indicia et conjecturae. Ganz das Nämliche verordnet noch die GO. an einer anderen Stelle K. VIII. §. 4 Nr. 6 mit denselben Worten, es sei die Beiladung eines Dritten zum Streite zu unterlassen, wenn aus allen Umständen erscheine, daß eine Partei sich auf ihn in böser Absicht oder blosen Aufschubes wegen berufen habe.

4) Nach dem bayer. LR. I, 6 §. 42 Nr. 3 kann die Scheidung einer Ehe schon dann verlangt werden, wenn die angebliche

Ursache derselben, und namentlich hierunter der Ehebruch wenigstens durch starke Indizien genüglich bewiesen ist[10]).

5) Wenn die Abwesenheit eines Verschollenen so lange dauert, daß man entweder hieraus oder sonst aus anderen Umständen den Tod als wahrscheinlich vermuthen kann, so bedarf es keiner Curatel mehr, sondern der Abwesende wird für verstorben erklärt, und sein Nachlaß den rechtmäßigen Erben hinausgegeben. LR. I, 7 §. 39 Nr. 6. Von diesem wichtigen Punkte, den Todestag aus den Umständen zu fixiren, kann also der Erwerb oder Verlust einer großen Erbschaft abhängen.

6) Sowohl bei letztwilligen Verfügungen, als auch bei Verträgen, soll man die Intention und Absicht der Disponenten durch vernünftige und wahrscheinliche Muthmaßungen zu entdecken suchen. LR. III, 2 §. 12 Nr. 4 und IV, 1 §. 18. Ob und wie weit ein letzter Wille für vollkommen oder unvollkommen zu achten sei, muß der Richter ebenso aus den Umständen ermessen. LR. III, 2 §. 6.

7) Nach LR. IV, 1 §. 25 zu Nr. 1 ist die Frage, ob ein Vertrag durch Zwang oder Betrug erschlichen worden sei, aus der Person und anderen Umständen zu ermessen.

8) Nach LR. IV, 1 §. 20 Nr. 3 beruht gradus culpae auf Beschaffenheit der schuldhaften Person, dann anderen Umständen und deren richterlicher Ermäßigung.

9) Die Exceptio Scti. Maced. fällt weg: a) wenn die Schuld nicht anlehensweise, sondern durch Kauf oder in anderweg gemacht wurde, es sei denn glaubwürdige Anzeigung vorhanden, daß dieses mit Fleiß und in fraudem legis geschehen, b) wenn aus allen Umständen zu vermuthen ist, daß der Darleiher den Zustand des Mutuatars weder gewußt, noch leichterdings habe wissen können. LR. IV, 2 §. 4.

10) Bei den Klagen aus dem ädilizischen Edikte muß der Käufer.... wahrscheinlich darthun, daß der Mangel schon zur Zeit des Contraktes obgewaltet habe. LR. IV, 3 §. 23 Nr. 8. Nach §. 24 Nr. 1 ebendas. findet die redhibitorische Klage nur noch in dem einzigen Falle Platz, wenn nämlich obgedachter Mangel...

10) In einem wirklich vorgekommenen Falle war eine Ehe wegen dringenden Verdachtes eines vom Manne begangenen Ehebruches vom geistlichen Gerichte getrennt und der Mann als der schuldige Theil erklärt worden, weshalb ihm dann seine Widerlage zu 1100 fl., die sein ganzes Vermögen bildete, ab und der Frau zugesprochen wurde. OAGR. Nr. 1304, 53/54.

so beschaffen ist, daß, wenn solcher gleich anfänglich bekannt gewesen, man sich allem Ansehen nach auf den Kauf gar nicht eingelassen hätte.

11) Wenn es sich darum handelt, den wahren Werth einer Sache gegenüber ihrem Kaufpreise zu ermitteln, so soll man nach LR. IV, 3 §. 8 Nr. 3 eine Schätzung vornehmen, und hiebei nicht nur auf die Sache selbst, sondern auch auf alle anderen den Preis vermehrenden oder vermindernden äußeren Umstände sehen. Dasselbe hatte schon das alte bayer. Landrecht v. 1616 Tit. VII Art. 3 verordnet. Die Anmerk. Nr. 8 litt. b hiezu gaben die weitere Anleitung, wenn die Schätzleute in ihrer Schätzung nicht übereinkommen, solle man einen Dritten adjungiren, und wenn dieser mit keinem von Beiden einverstanden sei, so nehme die Obrigkeit das Mittel heraus, oder arbitrire sonst nach Gutbedünken.

12) Nach LR. IV, 5 §. 12 Nr. 4 u. 5 findet das Einstandsrecht beim Kaufe nicht statt bei des Einstehers kundbarer Unvermögenheit, oder vorwaltendem Verdachte, daß er nur aus Gewinnsucht und um dem Käufer einen Vergleich abzuschrecken, einstehe, oder auch daß der Einstand nur einem Dritten zu Guten, um demselben das erstandene Gut zu überlassen, gesucht werde.

13) Der Verpächter kann den Pächter vor abgelaufener Pachtzeit abtreiben, wenn derselbe sich in dem Gebrauche der Sache ungebührlich verhält, oder den Stiftpfennig zur rechten Zeit nicht entrichtet. LR. IV, 6 §. 17 Nr. 3 u. 4. Was gilt dort als eine Ungebühr, und wie lange muß hier der Saumsal gedauert haben? Nur die Umstände und ein billiges Ermessen können hierüber den Ausschlag geben.

14) Bei der Bürgschaft sind unter vornehmen Bürgern, bei denen es auf eine gerichtliche Protokollirung nicht ankommen soll, alle diejenigen zu verstehen, von welchen zu muthmaßen ist, daß sie sich so leicht nicht hintergehen lassen. LR. IV, 10 §. 4 Nr. 5.

15) Das Retentionsrecht findet auch wegen illiquider Forderungen statt, wenn sie nur wahrscheinlich und nicht von offenbarem Ungrunde sind. LR. IV, 15 §. 2 Nr. 6.

16) Für die actio legis Aquil. soll man bei dem Anschlage des Schadens die Rücksicht auf das, was man wahrscheinlichermassen von unzeitigen Früchten zu Nutzen gebracht, nicht völlig bei Seite setzen, sondern, wie die Anmerk. beifügen, in billigmäßige Betrachtung ziehen. LR. IV, 16 §. 6 Nr. 9 und in not. Nr. 6 litt. c.

17) Nach GO. K. XVII §. 4 Nr. 5 soll bei Verurtheilung in die Prozeßkosten auf ein gewisses proportionirliches Quantum gesprochen, und das *Aversum secundum aequum et bonum* von Amtswegen festgesetzt werden. Nach den Anmerk. hiezu litt. c soll probabilis litigandi causa ad arbitrium judicis ankommen, und diese Probabilität lediglich aus den in den Akten vorkommenden meritis causae ermessen werden.

18) Das Quantum der Competenz eines Schuldners hängt nur von den Umständen und obrigkeitlichem Gutbefinden ab. GO. K. XVIII. §. 10 Nr. 2. Ebenso das Maaß und Bedürfniß für den Unterhalt einer Ehefrau. LR. I, 6 §. 12. Nr. 7.

19) Der Universalconcurs, dieser wichtige Schritt für die Existenz eines Schuldners, kann schon alsdann eröffnet werden, wenn ein oder mehrere Gläubiger gestalten Umständen nach einige Verlustsgefahr zu befürchten haben. GO. K. XIX. §. 1.

20) Verkaufte, aber noch nicht bezahlte Sachen hatten vormals im Concurse das Separationsrecht zu genießen, wenn der Verkäufer durch wahrscheinliche Muthmassungen darthun konnte, daß er nicht auf Borg, sondern auf baar Geld gehandelt habe. GO. K. XX. §. 16 Nr. 4.

21) Endlich findet sich ebendaselbst §. 17 Nr. 5 von dem außerordentlichen Separationsrechte der fremden Erbschaft, die in einer Concursmasse mit begriffen ist, verordnet, es solle hiebei mit Zuziehung aller Betheiligten verfahren, auch, wo kein legales Inventarium vorhanden sei, die Sache nach richterlichem Gutbedünken der Billigkeit gemäß geschlichtet werden.

Aehnliche Bestimmungen finden sich noch mehrere in den bayer. Gesetzen, und gewiß in allen deutschen Partikularrechten vor. Hierüber lassen sich beispielsweise vergleichen das preuß. Landrecht I, 4 §. 55 von der Simulation; I, 7 §§. 106—108 vom Precarium; I, 11 §. 1045 vom anim. donandi; I, 6 §. 6 von dem Zusammenhange der Folgen beim Verschulden, und §. 37 von dem absichtlichen Excesse desjenigen, der ein Recht ausübt; — ferner die preuß. Gerichtsordnung I, 10 §. 88b vom außergerichtlichen Geständnisse; §. 92b von Editionsgesuchen; §. 392 von zuwiderlaufenden Dokumenten; I, 13 §. 10, wonach die Regeln für den vollen Beweis das richterliche Ermessen nicht in zu enge Schranken einschließen sollen; Nr. 7 ebendas., wenn gegen die Aussprüche eines Sachverständigen gegründete Erinnerungen vorkommen; §§. 15, 16 und 20 ebendort, von der Collision von Urkunden und Zeugen;

§. 23 soll es bei allen solchen Collisionen dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, in wie ferne eine Thatsache für erwiesen anzunehmen oder noch ein nothwendiger Eid zu erfordern sei; §§. 24 und 26 von der Wahl zwischen Erfüllungs- und Reinigungseid. Ebenso das österreich. Civilgesetzbuch §. 1029 von dem Umfange einer Vollmacht, §. 1304 von der verhältnißmäßigen Concurrenz mehrerer Beschädiger, §. 1310 von dem theilweisen Ersatze eines durch Zufall und Verschulden zugleich bewirkten Schadens; §§. 7 und 914 von der Auslegung der Verträge; §§. 55 und 870 von der Nichtigkeit der Verträge wegen Zwanges; §§. 866, 875 und 876, ob ein Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte, u. s. w.

Es ist also gewiß und wird täglich von der gerichtlichen Praxis bewährt, daß schon dermalen der deutsche Prozeß sich zuweilen mit einem Zeugen zum vollen Beweise begnügt, daß in noch weit häufigeren Fällen gemeine Vermuthungen, d. i. der Inbegriff aller Urkunden und Umstände des Falles für zureichend erklärt sind, um ohne Rückgriff auf den Eid die richterliche Ueberzeugung zu befestigen und einen Umstand als gewiß zur Grundlage eines Urtheiles nehmen zu lassen. Aber noch weit näher tritt die deutsche Beweistheorie dem Systeme der innigen Ueberzeugung, wenn man bedenkt, was denn in all jenen Fällen geschieht, wo der vollgemessene Beweis wirklich unerläßlich, aber nach den formalen Regeln nicht geliefert ist, weil nur ein klassischer oder zwei verdächtige Zeugen den Vorgang bestätigen, weil nur ein außergerichtliches obwohl ganz glaubwürdiges Geständniß erwiesen vorliegt oder zahlreiche und dringende Vermuthungen über einen Punkt zusammentreffen. In Fällen dieser Art wird ein Auskunftsmittel unentbehrlich; ein solches ist auch wirklich unter dem Namen des nothwendigen Eides erfunden und in eine weit verbreitete Uebung gekommen. Der Richter wägt in dergleichen Fällen sorgfältig ab, auf welcher Seite sich die größere Masse von Beweis oder Wahrscheinlichkeit einfinde. Derjenigen Partei, deren Wagschale dabei herabsinkt, legt er sodann auf, ihr Vorgeben vorerst zu beschwören, dem Kläger, der halben Beweis für sich hat, den Erfüllungseid, um die mißliche Lücke auszufüllen, dem Beklagten, wenn jene Voraussetzung fehlt, den Reinigungseid, um sich von dem billigen Verdachte, den er gegen sich hat, wieder rein zu waschen; dasselbe geschieht auch umgekehrt, wo es sich um den Beweis einer Einrede handelt. Hiedurch wird also die eine Partei aushilfsweise als Zeuge in eigener Sache mit in die Linie der Beweisgründe gezogen, ihre persönliche Kenntniß über

den streitigen Punkt, wenn nur feierlich und unter Strafe des Meineides betheuert, soll den Ausschlag geben, den halben Beweis zum vollen erheben, den weniger als halben wieder zu Nichts verlöschen. Wie aber, wenn die Partei, welche hiezu berufen wäre, zufällig keine persönliche Wahrnehmung über den wahren Hergang der Sache, worauf es ankömmt, machte oder machen konnte, weil sie dabei nicht zugegen war, oder es sich um längst verlaufene Dinge oder wohl gar um einen Rechtspunkt handelt? Der juristische Erfindungsgeist ließ sich von den Gefahren dieser Klemme nicht zurückschrecken; dann soll die Partei nur schwören, daß sie nicht anders wisse und glaube, als wie sie und ihr Anwalt die Sache vorgegeben; dieser Eid wiegt nun ebenso schwer, als hätte sie das Ganze mit angesehen. Dem Zeugen, der blos vom Hörensagen oder über dasjenige aussagt, was er dafür hält, wird nicht geglaubt; die Partei aber, wenn sie im letzten Nothfalle als Zeuge in eigener Sache zugelassen wird, soll damit vollen Glauben finden, ihrer Aussage das Gewicht einer zweiten Hälfte des schon halben Beweises zukommen, den doch ein verdächtiger Zeuge nicht hätte ergänzen können. Wo ist hierin die Logik und wo die Consequenz zu finden?

Es ist zwar richtig, die bayer. GO., das Gewicht dieser Einwürfe durchschauend, verlangt zum Erfüllungseide, die Sache müsse so beschaffen sein, daß sie der Schwörende allem Vermuthen nach wohl wissen könne; allein der gemeine Prozeß kennt jene Einschränkung des Particularrechtes nicht und selbst in der Doktrin des bayerischen hat eine Erweiterung des Erfüllungseides, welche jenes Erforderniß des eigenen Wissens erläßt oder leicht darüber hinwegkömmt, eine ansehnliche Fürsprache gefunden. Seufferts Commentar zur bayer. GO. Bd. III. S. 402 (II. Aufl.), bemerkt hierüber: „Demzufolge kann der Erfüllungseid zwar nicht als bloser Glaubenseid, wohl aber als ein Wahrheitseid auferlegt werden, bei welchem das (allem Vermuthen nach vorhandene) Wissen des Schwörenden nicht gerade auf eigener unmittelbarer Sinnenwahrnehmung, sondern auf Einsicht von Akten, Rechnungen u. dgl., Urkunden oder auf Zeugnissen anderer Personen (Aufzeichnungen eines Erblassers) u. s. w. beruht." Mehrere Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes haben diese Lehre bereits in Anwendung gebracht, woraus leicht abzunehmen, daß eine starke Minorität seiner Mitglieder derselben huldige[11]). Wenn nun diese Meinung später die Majorität erlangte

11) Vgl. Bl. f. RA. Bd. V, S. 31; Bd. XII, S. 412, 413 Nr. 1, S. 415 Nr. 4; Bd. XIII, S. 137; Bd. XVI, S. 126; Bd. XVII, S. 301 und 368.

und etwa durch einen Plenarbeschluß zur bindenden Regel erhoben würde, so wäre der Sache nach auch der Erfüllungseid zu dem Wesen eines Glaubenseides umgeschaffen, worin wir den Reinigungseid bereits unbedenklich verbreitet finden. Was bliebe aber dann für beide Eide noch als materieller Werth übrig, und was ist schon dermalen die praktische Bedeutung des Reinigungseides? Gewiß mehr nicht als das Gewicht eines speziellen Calumnieneides, den doch bereits die Novelle von 1819 als eine nutzlose Förmlichkeit abschaffte. Der Kläger, indem er schwört, was er nach den von ihm angestellten Erkundigungen glaubt oder ernstlich dafür hält, leistet nur den Eid darüber ab, non calumniandi animo litem se movisse, sed existimando, bonam causam se habere; — der Beklagte beim Reinigungseide, quod putans, se bona instantia uti, ad reluctandum pervenerit. C. 2. pr. de jurejur. propt. cal. (2,59.) Ein Meineid ist ohnedies bei dem Glaubenseide nicht wohl zu ermitteln, weil Niemand dessen überführt werden kann, was er fest glaubte oder nicht; jeder äußere Impuls zur Angabe der Wahrheit, um hiedurch die Strafe des Meineides zu vermeiden, fehlt also hier gänzlich. Die beiden nothwendigen Eide sind daher beim Lichte betrachtet in den meisten Fällen mehr nicht als eine formale Zugabe, um damit den Grillen eines wunderlichen und veralteten Gesetzes Genüge zu leisten. Der eigentliche Schwerpunkt des Ausspruches liegt immer in der Erklärung des für halb oder minder als halb gelungenen Beweises; die größere Wahrscheinlichkeit zieht hiebei den Ausgang der Sache von selbst nach sich. Das Urtheil, welches jene Eide vertheilt, den einen dem Kläger oder den anderen dem Beklagten zuerkennt, ist selbst nichts anderes als der durchgreifende Wahrspruch, frei in seiner Schöpfung, ungebunden durch andere Rücksichten, als die natürliche der größeren Wahrscheinlichkeit, nur mit dem angehängten Vorbehalte, daß jene Partei, welcher auf solche Weise der Sieg zugesprochen wird, noch vorher den guten Glauben an ihr eigenes Recht und die Redlichkeit ihrer Absichten eidlich bekräftige. Nichts bürgt aber dafür, daß die Quelle, aus welcher sie diese Meinung schöpft, nicht die in den Akten vorgelegten Beweise selbst seien, welche doch der Richter, indem er noch den Eid verlangte, an sich allein für ungenügend erklärte; vielmehr scheint gerade dieser Fall der gewöhnliche zu sein.

Diese Betrachtung, von Stufe zu Stufe weiter schreitend, muß zuletzt zu einem überraschenden Gesichtspunkte über die ganze Lage der Dinge hinführen. Der deutsche Prozeß mit all' seinen künst-

lichen Beweisregeln steht bereits fest auf dem Boden des Wahrspruches, unser Beweisverfahren muß nothgedrungen in zahlreichen Fällen in den Hafen der universalen Evidenz einlaufen und darin vor Anker gehen. Keiner von uns Richtern, der berufen ist, ein durchgeführtes Beweisverfahren zu würdigen, kann seine Stimme abgeben, ohne zu dem verwünschten Wahrspruche mitzuwirken; nur hängen zur Beruhigung der Gewissen noch einige formale Floskeln daran, die aber für den Ausgang der Sache fast weniger als nichts bedeuten. Das Streben der Doktrin selbst, den Erfüllungseid wieder in die breite Bahn des Glaubenseides hinüber zu ziehen, erklärt sich ganz einfach nur aus einem geheimen Drange des Rechtsgefühles, eine Masse von Beweisen, welche der freien Ueberzeugung genügt, aus formellen Bedenklichkeiten für den Kläger nicht nutzlos verloren gehen zu lassen. Und dennoch hält der Feuereifer vieler Rechtsgelehrten, der besten Köpfe wie der gewandtesten Praktiker, die Regeln der formalen Wahrheit als ein großes Palladium, die positive Beweistheorie als eine Bürgschaft der Gründlichkeit noch immer fest umfangen. Man übersieht dabei, wie klein die Abstände sind. Um aus dem bisherigen Labyrinthe herauszukommen und auf das Feld einer freien Urtheilsschöpfung glücklich hinüberzutreten, ist mehr nicht als ein einziger Schritt zu thun erforderlich; man darf nur die auf dem Vordergrunde liegenden Beweisregeln der Gerichtsordnung aus dem Wege räumen, und diejenigen, die hinter ihnen stehen und zur Aushilfe bestimmt sind, wo jene ohnmächtig ihren Dienst versagen, in die erste und einzige Linie vorrücken lassen. Wenn sich auf jeder Seite zwei Zeugen für und wider eine Behauptung gegenüberstehen, so soll der Richter ohne Rücksicht auf die Zahl der übrigen nach der wahrscheinlichsten Version sein Urtheil bilden; warum darf er nicht gleich anfangs dasselbe, ohne jene vier Prioritätszeugen nur zu verlangen oder von der ganzen Zahl hinweg zu rechnen? In Sachen bis zum Belaufe von fünfzig Gulden macht ein Zeuge den Beweis voll; ist ein solcher darum in Sachen von höherem Belange weniger glaubwürdig? Von zwei sich zuwider laufenden Urkunden soll die wahrscheinlichere der minder wahrscheinlichen vorgezogen werden; bei dem Widerstreite der Sachverständigen gebührt derjenigen Meinung der Vorzug, welche dem Richter mit den besten Gründen am begreiflichsten dargelegt ist; zwischen den Angaben zweier Schätzer darf jeder Richter nach Gutdünken arbitriren; gemeine Vermuthungen und die Umstände des Falles machen sehr häufig vollen Beweis, wo es unmöglich ist, der Sache anders

auf den Grund zu kommen; eben dieselben sollen in der Wahl zwischen dem Erfüllungs- und Reinigungseide den Ausschlag geben. Wenn nun all' diese Regeln schon dermalen zur Aushilfe bestehen und auch unentbehrlich sind, um an letzter Stelle, wo die Verwicklung der Sache die meisten Zweifel erregt, der Entscheidung die rechte Linie vorzuzeichnen, welch' übergroße Bedenken könnten von dem rationellen Standpunkte aus noch länger zurückhalten, dieselben gleich an der Spitze als durchgreifend in das Ansehen ihrer ursprünglichen Geltung wieder einzusetzen?

Nach Allem dem muß es hier am Schlusse schwer fallen, sich einer Bemerkung zu erwehren, deren Wahrheit dennoch feststeht, wenn man sie auch unterdrücken wollte. Der Kultus der formalen Wahrheit ist in den deutschen Gerichten heutzutage zu einem abgenutzten Fetischdienste herabgesunken, dem man wohl äußerlich, solange er geboten, den Gehorsam schuldig, der aber nicht mehr im Stande ist, dem Verstande eine wahre Achtung abzunöthigen oder ein ehrwürdiges Ansehen aufzuerlegen [12]).

---

12) Welche Zukunft der formalen Wahrheit im deutschen Prozesse blühen mag, läßt sich beiläufig aus folgender Geschichte abnehmen. Im J. 1786 erhob sich Dupaty, ein Vicepräsident des Parlaments von Bordeaux, aus Anlaß einer Verurtheilung dreier Menschen zum Rade, in einer Druckschrift lebhaft gegen die feste Beweistheorie und vor Allem wider die Nöthigung der Regel, die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen als vollen Beweis annehmen zu müssen. Diese Schrift denuncirte der Gen.-Advokat Seguier dem Parlamente von Paris als subversiv, und sagte in seinem Requisitorium: „Die Aussage zweier Zeugen ist nicht eine Vermuthung, sondern eine wahre Probe; wenn ich diese verwerfe, so bleiben alle Bürger, die meiner Obhut anvertraut sind, ausgesetzt, jede Nacht ungestraft erwürgt zu werden. Hier ist also gewiß der Fall gegeben, mit den 12 Tafeln zu sagen: Salus populi suprema lex esto. Die Aussage zweier übereinstimmender Zeugen, denen keine gesetzliche Einwendung entgegensteht, muß nach allen göttlichen und menschlichen Geboten für eine volle Probe gelten; es bleibt zwar immer möglich, daß zwei einwendungsfreie Zeugen sich täuschten, und eben damit den Richter getäuscht haben; der ehrenhafteste Gerichtsbeamte kann in seiner Ueberzeugung hintergangen werden, allein dadurch verliert er nichts an seiner Würde, wenn er sich nur genau an den Willen des Gesetzes als die einzige Richtschnur seiner Handlungen hielt." Diese seltsamen Grundsätze trugen wirklich den Sieg davon; ein Erkenntniß des Parlamentes vom 11. August 1786 verordnete, die Denkschrift Dupaty's solle in dem Vorhofe des Gerichtspalastes am Füße der großen Treppe durch Henkers Hand zerrissen und verbrannt werden; — allein die drei Personen wurden dennoch begnadiget. (Bonnier, traité des preuves, Nr. 282.). Fünf Jahre später, im J. 1791 führte die Nationalversammlung im Crim.-Prozesse das System des freien Wahr-

Dritter Abschnitt.

Umriß des Systemes der Wahrheitsfindung diesseits und jenseits des Rheines. Dogmatismus, Naturalismus.

> Est non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus.
>
> Cicero, pro Milone cap. 4.

Die Mittel, welche sich dem Richter darbieten, um den Sachverhalt eines Streites, zu dessen Entscheidung er berufen ist, festzustellen, lassen sich von zwei Seiten aus betrachten, von einer formellen, wo die Beobachtung sich auf den Gang und die Entwicklung des Verfahrens heftet, und dann von der materiellen, welche mehr in das innere Wesen der Sache selbst einzudringen sucht. Unter dem ersten dieser Gesichtspunkte haben der deutsche und der französische Prozeß Vieles miteinander gemein, was schon an sich die Natur der Sache einem jeden gerichtlichen Verfahren unabänderlich vorgezeichnet hat, wie z. B. den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die Summe der vorzüglichsten Beweismittel, in anderen Stücken laufen sie wesentlich auseinander.

Die Grundform des deutschen Prozesses ist nicht unähnlich dem Körperbaue der Insekten; dieselbe theilt sich beinahe immer, nur die wenigen Fälle ausgenommen, wo sich Alles um eine Rechtsfrage dreht, in zwei große Abschnitte, in das erste Verfahren, wo über den Gegenstand des Streites in vier Schriftsätzen verhandelt wird, und in das Beweisverfahren; beide hängen in der Mitte durch den eingeschrumpften Faden des Beweisinterlokutes miteinander zusammen. Wenn beide Theile abwechslungsweise in vier immer länger werdenden Prozeßschriften ihr Vorbringen gegen einander ausgetauscht, Behauptungen und Widersprüche sich gegenüber gestellt, theilweise Zugeständnisse mit einverwebt, einige Urkunden vorgelegt, einige des Gegners anerkannt, über andere sich die Erklärung bis zur Einsicht der Originalien vorbehalten haben, so wäre gewiß das Natürlichste, was auch der Erwartung auf den ersten Blick ent-

---

spruches ein, wie es später in die Strafprozeß-Ordnung von 1808 Art. 342., und von da aus in den Art. 171. des bayer. Strafprozeß-Gesetzes von 1848 überging. Hier ist also nicht der Fall gegeben, zu bemerken: La politique dans tous les tems conserva les abus, dont se plaignait la justice.

Voltaire, quest. sur l'Encycl. Art. *apel comme d'abus.*

gegenkömmt, daß der Richter nun vor Allem durch die ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel zu erforschen und dann genau festzustellen suchte, was das Wahre an der Sache sei, und welchen Verlauf ihre Geschichte wirklich genommen habe, ehe derselbe daran denken sollte, durch eine Anwendung der Gesetze und die Prüfung der streitigen Rechtsfragen zu entscheiden, auf welcher Seite das Recht und auf welcher das Unrecht sich befinde. Allein in dieser einfachen Entfaltung will der deutsche Prozeß die Sache einmal nicht vor sich gehen lassen. Er nimmt vielmehr die Aufstellungen beider Theile einstweilen gläubig als baare Münze an, läßt sie ernstlich für das gelten, wofür sie sich ausgeben, wendet auf dieselben ganz abgesehen von der Ungewißheit, in welcher deren Wahrheit noch gefangen liegt, die Rechtsgrundsätze selbst an und entscheidet nun den ganzen noch unreifen Streit nach all' seinen Punkten auf jener zum voraus angenommenen täuschenden Grundlage, oder auf mehreren, zwei oder drei, sechs bis acht solchen Voraussetzungen versplittert, wie sie sich als variae causarum figurae immer darbieten mögen, nur überall mit dem angehängten Vorbehalte, wieviel von den vorgeschobenen noch ungewissen, jedoch für erheblich befundenen Thatsachen die eine oder die andere Partei, und welche von beiden solches in einem zweiten Theile, der gewöhnlich bei weitem der längere wird, nach allen Erheischungen der formalen Wahrheit erst noch zu beweisen habe, um jene Ergebnisse für das Endurtheil herbeizuführen. Dieser Zwischenbescheid ist der Sache nach durchaus das Haupterkenntniß im ganzen Prozesse, weil er alle Rechtsfragen desselben in hypothesi präjudicirt; das Urtheil selbst kann aber noch nichts zu- oder absprechen, weil es nicht weiß, wie sich die Gewißheit der Vorgänge im Beweisverfahren gestalten wird, sondern dasselbe behält vielmehr diesen Punkt als einen selbstverständlichen und hinzugedachten immer im Sinne. Dasselbe gibt der Partei oder beiden Parteien nur ein oder mehrere zum voraus genau formulirte und abgewogene Responsa, wie solche die römischen Prätoren und später die Kaiser in ihren Rescripten ertheilten, und ist daher immer ein bedingtes, sehr häufig ein mehrfach bedingtes Urtheil, das Muster eines vielköpfigen Eventual-Conclusum. Jedes Beweisinterlokut, anstatt das Urtheil an den einen Fall anzulehnen und darauf zu setzen, der sich in der Wirklichkeit zugetragen, muß immer einen fünf- oder sechsfachen Ausspruch geben, je nachdem sich die Lage der Sache gestalten kann, wenn der Kläger oder der Beklagte nur etwas von demjenigen beweisen, was ihnen auferlegt

wird, oder ein oder der andere Alles oder auch gar Nichts beweiset. Jedes Beweisinterlokut läßt sich immer in folgendes oder ein nächst verwandtes Verständniß abwickeln: der Beklagte sei nur dann zu bezahlen schuldig, wenn der Kläger die von ihm behaupteten Umstände A und B, oder auch C und D beweist, der Beklagte könnte denn im Gegenbeweise die Einreden F oder G darthun, wo er wieder von jeder Verpflichtung frei sein soll, insoferne nicht im ersten dieser Fälle der Kläger etwa die Replik H, im zweiten die Replik J beweisen würde, Alles im nämlichen Termine, wo es dann immerhin und unerachtet der bewiesenen Einreden bei der angebahnten Verurtheilung sein Verbleiben haben soll. Vermag nun der Kläger keinen seiner drei oder vier Sätze ganz zu erproben, so hat es natürlich nach dem Grundsatze: actore non probante reus absolvitur, bei der Entbindung des Beklagten von der erhobenen Klage sein Bewenden. Dieser Zwischenbescheid wird nun rechtskräftig, und bildet die a priori festgestellte Regel für die spätere Entscheidung des ganzen Streites, er wird zu einem concreten Gesetze für den Fall selbst; das Endurtheil hat sich mit Rechtsfragen gar nicht mehr zu befassen, sondern blos zu prüfen, ob und wie weit beiden Theilen die ihnen auferlegten Beweise gelungen sind; nach dem Ausfallen dieser Prüfung, welche sehr verschiedene Zielpunkte offen findet, wird sodann eines der vielen im Interlokute stillschweigend verborgenen Eventual-Conclusen nur hervorgezogen und an das Licht des Tages gestellt. Sind Beweise nur zum Theile geliefert, so daß es zu ihrer Erfüllung oder Beseitigung erst noch auf Eide ankömmt, die man die nothwendigen nennt, weil man sich ohne sie nicht zurecht zu finden weiß, so beginnt dasselbe Spiel mit Eventualitäten von Neuem, und das Endurtheil bleibt auf den dritten Plan verwiesen. Um die Verkettung dieser vielen Glieder eines Beweisthemas richtig auszudrücken, ist eine ganze Nomenklatur von Verbindungsformeln erforderlich, von denen die gebräuchlichsten sind: copulativ und alternativ, eventuell und supereventuell, in ulteriorem eventum und eventualissime, dann noch in ultimum eventum, u. s. w.

Das Widernatürliche dieser Staffelei und das Verkehrte der ganzen Aufeinanderfolge ist längst als einer der unheilbaren Schäden des deutschen Prozesses in erster Linie anerkannt; die Wände aller Gerichtszimmer hallen täglich wieder von den lauten Anklagen gegen das Beweisinterlokut und seine Rechtskraft. Der große Mißstand, das Urtheil zum Voraus in feste Bande zu schlagen, an denen sich später nichts mehr ändern, nichts mehr den neuen Ent-

deckungen des Beweisverfahrens anpassen läßt, ist in dem Grade auffallend und unerhört, daß man nöthig fand, auf seine nähere Beleuchtung unten im VI. Abschnitte nochmals umständlicher zurückzukommen.

Der französische Prozeß kennt in der That dieselbe Gliederung in ein erstes und ein Beweisverfahren, allein in einem wesentlich verschiedenen Sinne und mit einer ganz anderen Wechselbeziehung zwischen beiden, als die so eben berührte ist. Im franz. Prozesse wird nie das streitige Recht in der Hypothese entschieden, sondern die Rechtsregel vielmehr immer auf das schon feststehende oder vorher erst festgestellte Faktum in seiner einzigen Beschaffenheit selbst angewendet. Man würde mit seiner Vorstellung sehr irre fahren, wollte man das französische Beweisinterlokut unter dem Gesichtspunkte des deutschen auffassen; das Beweisthema, und vor allem das rechtskräftige Beweisthema, das wahre Hauptstück des deutschen Prozesses fehlt darin gänzlich. Das französische Beweisinterlokut ist nichts anderes als eine Ersetzungsentschließung in dem Falle, wenn die mündliche Verhandlung der Sache mit Allem, was darin vorkömmt, also auch mit den Urkunden beider Theile, den Richtern jene vollständige Aufklärung, deren sie benöthigt sind oder die Sache fähig ist, noch nicht geliefert hat, beiläufig ebenso, wie der Art. 319 des bayer. Strafprozeß-Gesetzes von 1848 den gewöhnlichen Strafgerichten erlaubt, die Aburtheilung einer Sache, welche sich noch nicht gehörig aufgeklärt findet, auszusetzen, und nach Anordnung der vermißten Erhebungen auf eine weitere Sitzung zu vertagen. Das franz. Beweisinterlokut gibt nur die Verfügung oder Zulassung neuer Beweiserhebungen, um welche eine Partei nachsucht, in Verbindung mit dem Ausspruche, daß dieselben auch erheblich und durch kein Gesetz, wie in vielen Fällen mit dem Zeugenbeweise der Fall ist, ausgeschlossen seien; dasselbe präjudicirt aber nie in der geringsten Weise die Hauptsache selbst, deutet nie eine Folge an, die einzutreten hat, je nachdem der zugelassene Beweis gelingen oder mißlingen wird, behält vielmehr die Geltendmachung aller Rechtsgründe ausdrücklich vor, und heißt eben deshalb ein avant faire droit, ein wahrer Vorbescheid; es behält insbesondere die volle Freiheit vor, den Beklagten bei der erneuerten Verhandlung zu verurtheilen, wenn auch der Kläger nichts Neues zu beweisen vermochte, oder den Kläger, welcher den von ihm gestellten Beweis vollkommen geliefert hat, wegen inneren Ungrundes seiner Klage und eines Fehlers im Rechtspunkte immer wieder abzuweisen. Das franz. Beweisinterlokut ist

nichts anderes als ein unverfänglicher Relevanzbescheid für die Thatumstände und Beweismittel, welche die eine Partei in Vorschlag bringt, und selbst als solcher nie einer Rechtskraft in dem bei uns damit verbundenen Sinne fähig, indem sich der Zusatz salvo jure dabei immer von selbst versteht; dasselbe findet übrigens in der bayer. GO. zwei andere nächst verwandte Bestimmungen, unter deren leitenden Gedanken sein Wesen weit mehr zu passen scheint, als in die Form des deutschen Beweisinterlokutes. Die GO. schreibt nämlich K. XIV. §. 2 Nr. 2 u. 3 vor, nach dem Beschlusse einer Sache solle keine weitere Handlung mehr zugelassen werden, außer soviel die privilegirten Probsmittel per Evidentiam facti betrifft, .. oder wo sich erhebliche vorhin nicht bekannt gewesene Nova hervorthun, oder die Parteien selbst causa non satis instructa voreilig beschließen, oder der Richter sonst noch zu seinem Unterrichte mehr Auskunft von Nöthen hat. Dieselbe Vorschrift kehrt auch für die Verhandlungen der höheren Instanzen wieder; nach K. XV. §. 5 Nr. 8 und §. 7 Nr. 9 soll man in Appellatorio keine Nova circa facti veritatem aut circumstantias mehr attendiren, sie wären denn erst nach dem Urtheile der Vorinstanz hervorgekommen oder in Erfahrung gebracht worden; auch darf der Oberrichter, wenn er die Sache in facto noch nicht genugsam erörtert findet, solche zur ersten Instanz um der nöthigen Erörterung willen remittiren, in welchem Falle jedoch Judex primae nicht mehr von neuem darin zu sprechen, sondern die unerörterten Punkte nur der Nothdurft nach zu instruiren, den Spruch aber der höheren Instanz zu überlassen hat, außer wo es auf einen ordentlichen Zeugenbeweis ankömmt, über welchen immer wieder in erster Instanz salva ult. appell. entschieden werden soll. Wenn man diese Vorschriften festhält, und nur zwei Aenderungen daran vornimmt, die darin bestehen, daß in der höheren Instanz, gleichwie in der ersten, im Laufe einer Verhandlung ein jedes Beweismittel auch ohne alle Rücksicht auf neues Auffinden zum erstenmale zu Hilfe genommen werden darf, sobald das erstrichterliche Urtheil wegen eines noch ungewissen Punktes den Anträgen einer Partei nicht Folge gab oder dieses von dem zweitrichterlichen zu befürchten ist, und noch darin, daß in diesem Falle auch der Zeugenbeweis gleich den übrigen Beweismitteln sogleich in der zweiten Instanz zu erheben und zu würdigen, aber nicht zur ersten zurückzuverweisen ist, wenn man ferner dasjenige, was hier von der Ergänzung der Beweise oder eines Verfahrens verordnet ist, auf alle Beweismittel auch in ihrem ersten Vorschube als blose

Nachholungen und eingeschaltete Zwischenpunkte einer mündlichen Verhandlung überträgt, so hat man genau den Abdruck und die ganze prozessuale Formstellung vor Augen, in welcher uns das franz. Beweisinterlokut entgegentritt. Jede Beweisauflage und jedes Beweisverfahren ist nur ein eingeklammerter Incidentpunkt für die Verhandlung derjenigen Instanz, wo eine Sache gerade anhängig ist, aber nicht ein abgesonderter Rechtszug, oder eine Abgliederung in ein zweites ganz neues Verfahren, worin erst von unten aufwärts wieder zu untersuchen wäre, wie viel von den Thatumständen, auf welche die vorläufige Urtheilsfällung hypothetisch gestellt ist, wahr oder nicht erweislich sei, und welche Folgen sich aus der einen oder der anderen dieser Voraussetzungen für das Endurtheil ergeben müssen.

Der franz. Civilprozeß, der ordentliche wenigstens, von dem sich der summarische nur in sehr wenigen Punkten unterscheidet, bewegt sich auf zwei Gründen, einem Vorder- und Hauptgrunde, der mündlichen Verhandlung der Sache in öffentlicher Sitzung, und einem Hintergrunde, dem förmlichen Beweisverfahren. Auf dem ersten wird derselbe in der weit vorherrschenden Regel zu Ende gebracht; auf dem letzteren sucht er nur in sehr seltenen Ausnahmsfällen zur unentbehrlichen Nachhilfe seine Erledigung, ebenso selten beiläufig, als man in deutschen Gerichten eine Ergänzung des Beweisverfahrens durch eine weitere Erörterung zuläßt. Hierin besteht der radikale Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen Prozesse, daß der erstere die Erhebung und die Feststellung der Thatsachen ganz regelmäßig dem nachfolgenden und nachgeschleppten Beweisverfahren in einem ganz neuen Instanzenzuge überlassen muß, der letztere dagegen umgekehrt in der Regel und beinahe immer aus der mündlichen Verhandlung der Sache mit ihren Zugaben alle nöthigen Aufklärungen zu schöpfen weiß, und wo dieses nicht der Fall ist, alle Fragen für eine Verbindung der erholten Beweise mit einer neuen Verhandlung der Sache offen behält. Unter dreißig Fällen wird dort kaum einer sein, in welchem auf Beweis erkannt oder ein förmliches Zeugenverhör als ein Beweisverfahren zugelassen würde, unter sechzig Fällen des Entschädigungsprozesses wird die mißliche und in deutschen Gerichten so umständlich behandelte Frage der schuldhaften Veranlassung des Schadens und der Größe seines Anschlages zu Geld nicht ein einzigesmal auf weitere Erhebungen verstellt, sondern immer sogleich nach der mündlichen Verhandlung der Sache aus dem Stegreife,

blos nach den Eingebungen der Billigkeit und eines vernünftigen Ermessens entschieden, man könnte nach der schlichten Sprache der bayer. GO. wohl sagen: willkührlich entschieden, d. i. nach Recht- und Gutbefinden. Die Gründe dieser Erscheinung und des Ausreichens der mündlichen Verhandlung für die Aufklärung der Richter werden erst im folgenden Abschnitte völlig klar werden; die wahre Grundursache hievon ruht jedoch immer in zwei Umständen, welche, wären sie so leicht zu erzielen, auch in der deutschen Rechtspflege gewiß dieselbe Wirkung thun würden, nämlich in der angenommenen Gewohnheit und dem ehrenhaften Bestreben der Parteien und Anwälte, bei der mündlichen Verhandlung den wahren Stand und Hergang der Sache durch eine treue Offenbarung ihrer Kenntniß nach Kräften zu beleuchten, sodann in der nothwendigen Anticipation des Urkundenbeweises. Eine der ersten und nie bezweifelten Regeln des ganzen Verfahrens besteht darin, mit jeder Prozeßschrift die unterstützenden Behelfe — les pièces à l'appui — sogleich mit vorzulegen, Art. 61, 77 C. Pr.; will der Gegner die Originalien sodann einsehen, so kann er es zwar auf der Stelle verlangen, Art. 188—192, er thut es aber niemals und entschieden in keinem Falle, wo nicht ein reelles erkennbares Interesse und Bedürfniß vorwaltet, wider eine Urkunde eine haltbare Ausstellung vorzubringen.

Der mündlichen Verhandlung geht ein kurzer Schriftenwechsel in Terminen von acht oder vierzehn Tagen voraus, dessen Bestimmung aber nicht sowohl darin besteht, das ganze Faktum und die Wechselbeziehung von Behauptung auf der einen, Geständniß oder Widerspruch auf der anderen Seite genau niederzulegen, um solche für alle Zukunft festhalten zu können, sondern dem nur die Absicht zu Grunde liegt, sich wechselseitig mit den Anführungen und Behelfen, deren sich der Kläger, mit den Verläugnungen und Einreden, deren sich der Beklagte bedienen will, bekannt zu machen, auch die beiderseitigen Urkunden sich wechselweise zur Kenntniß zu bringen, um den Anwälten als Grundlage ihrer genauen Erkundigung und Vorbereitung für den Redewechsel der öffentlichen Sitzung zu dienen, welcher das Plaidoyer heißt. Ist später auf dieser ganz summarischen Grundlage die mündliche Verhandlung mit der größten Freiheit vor sich gegangen, so folgt das erste Erkenntniß in der Sache, in der Regel ein Endurtheil, welches den Sachverhalt, soweit er zur Entscheidung des Streites erforderlich ist, durch das Zusammentreffen der beiderseitigen Aufklärungen bereits hinlänglich festgestellt findet. Die vorzüglichsten Elemente, auf welchen diese

Feststellung beruht, sind die Anführungen einer jeden Partei auf der einen, und die entsprechenden Zugeständnisse auf der anderen Seite mit dem Nachdrucke, der einem jeden derselben zukömmt, die unbeanstandet gebliebenen Urkunden, welche ohnedies in der Regel als schriftliche Geständnisse der Gegenpartei zu würdigen sind, mit Einschluß der oft zahlreichen Briefe, schriftlichen Zeugnisse und anderer Schriftstücke, welche ohne vorgängige Mittheilung in der öffentlichen Sitzung verlesen und in dem festen Glauben an ihre Aechtheit als Nebenbehelfe ohne weiters zugelassen werden, ferner die Gerichts- und Offenkundigkeit über Umstände, deren Kenntniß die Richter schon mit zur Sitzung bringen, oder die ihnen sonst auf einleuchtende Weise beigebracht wird, endlich als eine logische Funktion derselben, die überall ihre vermittelnde Bereitschaft darbietet, die Schlußfolgerungen aus den Umständen der ganzen Sache, die Benützung und reife Abwägung aller Rechts- oder gemeinen Vermuthungen, mit einem Worte, jene nicht leicht einer Definition fähige universale Evidenz, welche im Wege der Induktion aus dem versammten Eindrucke aller Urkunden und Umstände des Falles oft unwiderstehlich, immer aber sicher hervortritt, und keiner weiteren Rechtfertigung, als der Erwähnung ihres Einströmens bedarf.

In den seltenen Fällen, wo indessen diese voranliegenden Anhaltspunkte nicht ausreichen, um alle Zweifel zu heben, kann sodann erst jetzt ein förmliches Beweisverfahren in einem weiteren Abschnitte und auf einem zweiten Plane in Gang gebracht werden. Die einzelnen Beweismittel und die Formen ihrer Erhebung finden sich in den sechs Titeln X. bis XV. des II. Buches der Prozeßordnung behandelt. Es sind dies: a) der Aechtheitsbeweis einer abgeläugneten Privaturkunde, b) der Fälschungsbeweis einer öffentlichen, oder einer vorher als ächt anerkannten Privaturkunde, c) das Zeugenverhör, d) der Augenschein, e) das Gutachten von Sachverständigen, Expertise genannt, endlich f) die Vernehmung der Gegenpartei über artikulirte Thatumstände, in der oft in Erfüllung gehenden Hoffnung, deren persönliches Ehr- und Schamgefühl werde ihr nicht erlauben, Zugeständnisse über Thatsachen länger vorzuenthalten, mit deren Abläugnung ihr Anwalt ein freventliches Spiel trieb. Die Formen der Bewältigung dieser Beweismittel stimmen ziemlich mit denen des deutschen Prozesses überein; die Zulassung und Erhebung selbst bleibt gleichwohl von einander abgesondert und in vereinzelte Incidentpunkte versplittert; das solidarische Band um das ganze Beweisverfahren, seine Vereinigung zu einem Alles umfassen-

den Körper der ganzen Prozedur, wie solches im deutschen Prozesse vorherrscht, fehlt dort gänzlich; nur der Beweis durch Zeugen und Urkunden — par temoins et titres — findet sich zuweilen in einem Beweisinterlokute zusammengefaßt. Jedes einzelne Beweismittel kann in erster oder zweiter Instanz, in beliebiger Aufeinanderfolge, versammt oder vereinzelt bis zum Beschlusse der Sache in letzter Instanz zu Hilfe genommen werden; dasselbe erfordert, um in Gang zu kommen, nur eine Bitte um Zulassung, welche zugleich die oft beschränkte Statthaftigkeit des Beweismittels zu zeigen sucht, und dann ein Urtheil, welches die Zulassung wirklich ausspricht, das eigentliche Beweisinterlokut, einen Zwischenbescheid, welcher die Hauptsache, wie schon oben bemerkt, noch in keiner Weise präjudicirt, und den sich von selbst verstehenden Gegenbeweis nebenbei freistellt, welcher alle Behelfe und Rechtsgründe für die weitere Verhandlung vorbehält, und zugleich einen Instruktionsrichter ernennt, der mit der Erhebung des Beweismittels betraut wird. Ist nun die letztere gepflogen, so läßt die eine Partei, welche das Beweisverfahren erwirkt hat, die aufgenommenen Protokolle ihrem Gegner in Abschrift zustellen, um ihn in den Stand zu setzen, sich auf seine Vertheidigung dagegen vorzubereiten, worauf die Sache nochmals zur öffentlichen Verhandlung kömmt, in deren Verlaufe natürlich die Beweiserhebungen vorgelesen, streitige Rechtspunkte aber ganz von Neuem nach allen Richtungen hin nochmals verhandelt werden. Versäumte oder in erster Instanz zurückgewiesene Beweise können in der zweiten wieder nachgeholt, hier zugelassen, erhoben und sogleich mit der Hauptsache gewürdiget werden. Den Ablauf dieser ganzen Sache kann man sich leicht vorstellen, wenn man nur dabei nochmals den Art. 319 des bayer. Strafprozeß-Gesetzes von 1848 zum Vorbilde nimmt; der Eindruck der ersten Verhandlung und alles Dessen, was darin vorkam, geht natürlich für die zweite völlig verloren, insoferne es bei derselben nicht wiederholt wird. Der Gedanke, welcher die Zulassung des geführten Beweises eingab, verliert im geraden Gegensatze zum deutschen Beweisinterlokute alle Herrschaft über den Werth und Anschlag seiner Ergebnisse. Auch die Art, um ein solches Beweisverfahren, d. i. ein Zeugenverhör, oder eine Vernehmung von Sachverständigen, oder die Abhaltung eines Augenscheines in Gang zu bringen, ist sehr ähnlich den motivirten Anträgen, mit denen Staatsanwälte oder Vertheidiger neue Zeugen oder andere Beweismittel in Vorschlag bringen. Ein eigentlicher Beweistermin läuft nirgends, sondern bleibt offen, so lange die Sache noch nicht rechts-

kräftig entschieden ist. In jeder Lage, in welcher ein Anwalt das Bedürfniß wahrnimmt, seiner Sache durch eine förmliche Beweisführung nachzuhelfen, ist ihm unbenommen, die geeigneten Anträge hierauf zu stellen; in der Regel geschieht solches aber nur aushilfsweise, für den Fall nämlich, wenn nicht ohne eine solche Weiterung die Richter von seinem guten Rechte sich überzeugen sollten, gerade ebenso, wie am Schlusse unserer Berufungsschriften erst die Incidentrestitutionsgesuche nur aushilfsweise angehängt werden. Dieser Antrag kann schon im Laufe des kurzen Schriftenwechsels, oder vor Anberaumung der Sitzung zur mündlichen Verhandlung der Sache gestellt werden; in der Regel kömmt derselbe jedoch erst im Verlaufe der letzteren selbst zum Vorscheine, wo er gar keiner schriftlichen Mittheilung bedarf, der Gegner ihn vielmehr in seiner mündlichen Erwiederung selbst zu bekämpfen Gelegenheit hat. Noch häufiger kömmt ein solcher Antrag oder Beweisantritt nach unseren Begriffen erst in zweiter Instanz vor; diejenige Partei, welche aus dem Urtheile der ersten Instanz ersehen hat, daß einer ihrer vorzüglichen Stützpunkte als nicht erwiesen auch unbeachtet geblieben sei, bittet in der Berufungsschrift, oder auch in der Sitzung selbst, denselben durch Zeugen und Urkunden beweisen zu dürfen, zu welchem Behufe die Artikel mit beigefügt, die Zeugen aber noch nicht benannt werden. Neu aufgefunden brauchen diese Zeugen nicht zu sein; der Gesichtspunkt ihrer Zulassung fällt vielmehr ganz unter die Formel des juram. novorum im gem. Prozesse, welche nach dem gem. Bescheide des R. Kamm.-Gerichtes v. 1669 auch den Punkt mit umschloß: „oder daß der Nachsuchende vorhero selbiges zu der Sache dienlich zu sein nicht vermeint habe.“ In den meisten Fällen bleibt nun eine solche Bitte ohne Erfolg, gerade so, wie in bayer. Gerichten die Incidentrestitutionsgesuche häufig abgeschlagen werden, entweder wegen Unerheblichkeit der beigefügten Artikel, oder weil das Obergericht zu seiner Entscheidung einen weiteren Beweis nicht nöthig hat. Wird derselben aber statt gegeben, so sind damit die Artikel nur für relevant im Allgemeinen, der Zeugenbeweis für zulässig erklärt, und der darum nachsuchenden Partei ist daher erlaubt, die zugelassenen Artikel durch Zeugen, die sie nun erst zu benennen hat, zu beweisen, vorbehaltlich des Gegenbeweises und mit Vorbehalt aller Behelfe und Gründe im Sachverhalte wie im Rechtspunkte zur späteren Geltendmachung. Vor den hiezu ernannten Instruktionskommissär werden nun die ihm selbst zum erstenmale benannten Zeugen und Gegenzeugen mit der Gegenpartei zur Ver-

nehmung geladen, die Urkunden wechselseitig mitgetheilt, worauf die Sache in derselben Instanz, sei sie eine erste oder zweite, anhängig bleibt, und hier auf die neuen Erhebungen gestützt auf's neue mündlich verhandelt und endlich entschieden wird. Dieses Urtheil ist durch den Vorbescheid auf Beweis so wenig gebunden, als ein bayer. Appell.-Gericht, welches ein subsidiäres Incidentrestitutionsgesuch instruiren ließ, sich dadurch die Hände in dem Punkte bindet, daß, wenn die neu vernommenen Zeugen zufällig nichts wissen, die Beschwerde als ungegründet verworfen werden müsse, weil es ja außerdem des Eingehens auf die Bitte um Wiedereinsetzung nicht bedurft hätte. Dieses neue Urtheil, wie überhaupt ein jedes, mag nun vorher Beweis geführt sein oder nicht, kümmert sich in seiner Rechtsanwendung wenig darum, was die Theile behauptet haben, was ihnen und wem es von ihnen zum Beweise zugelassen war, wer die Beweis- und wer die Gegenbeweis-Zeugen vorschlug; alles hängt nur davon ab, welche wesentlichen thatsächlichen Beziehungen sich bei der ganzen Verhandlung oder aus der Beweisführung herausgestellt haben, wie solches die Art. 173—175 und 178 des bayer. Strafprozeß-Gesetzes v. 1848 als Regel für die Fassung der Fragen an die Geschwornen vorgezeichnet haben [1]).

Man wird aus allem Dem leicht von selbst abnehmen, wie weit der franz. Vorbescheid auf Beweisführung nach Einfluß und Bedeutung von dem deutschen Beweisinterlokute entfernt liege. Weit größer ist jedoch der Abstand, welcher die Rechtszustände beider Länder in der materiellen Würdigung der Beweise und Beweisgründe auseinander hält. Wollte man heute den bayer. Civilgerichten durch einen Zusatzartikel erlauben, den ganzen Zeugenbeweis und den durch Vermuthungen, wenn deren mehrere dringende zusammentreffen, nach freier Ueberzeugung zu würdigen, und zu der Auflage eines Eides nach reifem Ermessen nur aushilfsweise da zu greifen, wo von der gewissenhaften Offenbarung einer Partei noch ein neues Licht für die Sache zu erwarten ist, so wäre wohl Etwas und Vieles gewonnen, aber bei weitem noch nicht Alles, was inner-

1) In Best's engl. Beweisrechte wird an zwei Stellen §§. 95 u. 223 bemerkt, Hauptregeln des engl. Beweisrechtes gebe es nur drei, nämlich: „1) daß die zulässige Evidenz sich nur auf die Streitpunkte zu beziehen hat, 2) daß die Beweislast auf der Partei beruht, welche verlieren würde, wenn gar kein Beweis auf irgend einer Seite erbracht würde, und 3) daß es für die beweisführende Partei genügt, das Wesentliche des Streites darzuthun."

halb der Gränzen einer verlässigen Erstrebung in Aussicht steht. In den Freiheiten des richterlichen Urtheiles über Thatsachen, in der großen Beweglichkeit seines Vordringens oder Zurückgehens, in der Unabhängigkeit seiner Herrschaft von dem Gängelbande der Parteivorträge, in der Gleichstellung der höchsten Wahrscheinlichkeit mit der Wahrheit selbst, und in dem umsichtsvollen Gebrauche, den die Gerichte von jenen Freiheiten zu machen verstehen, in all' diesen Punkten beruht vielmehr die fruchtbare Ueberlegenheit, welche die französische Rechtsprechung auszeichnet.

Man pflegt das eigenthümliche Wesen der franz. Civilrechtspflege gewöhnlich in drei Punkte zu setzen, die der deutschen fehlen, und diese über alles billige Maaß emporzuheben, in die Oeffentlichkeit, die Mündlichkeit und in die Staatsanwaltschaft. Keiner derselben vermag Wunder zu wirken, keiner an sich genommen birgt jene Kraft der Springfedern in sich, welche alle Streitigkeiten so rasch als sicher zu ihrem bezielten Um- und Ablaufe fördert. Die Oeffentlichkeit ist in Civilsachen ganz nutzlos; denn als eine Art von Ueberwachung der Gerichte kann dieselbe nicht in Betracht kommen, da diese ihre Urtheile in der verschlossenen Rathskammer schöpfen. Auch sind die Sitzungssäle der französischen Civilgerichte öde und verlassen, wenn nicht etwa das Scandal einer Ehescheidung, eine Verläugnung der Vaterschaft oder der Antrag, Jemand als Verschwender unter Curatel zu setzen, die lüsterne Neugierde müßiger Zuhörer herbeiziehen[2]). Die Mündlichkeit ist ein sehr kostbares Element für eine Verhandlung, würde aber zu gar nichts frommen,

2) Dr. Gaib bemerkt in seiner Reform des deutschen Rechtslebens S. 67: „Das Oeffnen oder Schließen der Gerichtsthüren, die Anwesenheit oder Abwesenheit des unbetheiligten Publikums ist für den sonstigen Gang des prozessualischen Verfahrens so fast ohne irgend einen Einfluß, daß die Aufstellung dieses Prinzips sich sehr füglich beinahe mit jedem Verfahren verträgt, und daß daher durch seine Anerkennung auch hinsichtlich aller sonstigen Grundsätze noch so gut wie nichts entschieden wäre." Boncenne, Theorie de la Proced. civ. T. I. Nr. 7 bemerkt dagegen über diesen Punkt: „Die Oeffentlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen ist so viel werth, als alle übrigen Vorkehrungen miteinander; sie muß sich im Ganzen genommen auf alle Theile eines Verfahrens und auf alle Sachen erstrecken. Die nicht öffentlich erlassenen Urtheile und Erkenntnisse sind deshalb auch nichtig. — .... Im Kanton Genf wurde eine halbe Oeffentlichkeit selbst für solche Sachen beibehalten, welche bei verschlossenen Thüren verhandelt werden; jeder Theil ist hier berechtiget, sich von dreien seiner Verwandten und Freunde außer seinem Sachwalter und Advokaten begleiten zu lassen." (Diese beschränkte Oeffentlichkeit dürfte wohl für alle Civilsachen ausreichen, will man nicht viel-

wenn unsere Anwälte dabei stehen blieben, und ihre bekannte Manier fortsetzen könnten, Alles Punkt für Punkt zu widersprechen, was ihr Gegner anführt, dann aber bei ihren eigenen Angaben, des eingelegten Widerspruches unerachtet, zu beharren, und keine Urkunde vor der Vorlage und Einsicht des Originals anzuerkennen. Diese Art der jetzigen formalistischen Behandlung ist in einen so tiefen Pedantismus versunken, daß sie das Licht der Oeffentlichkeit gar nicht vertragen könnte, ohne sich auf das Aeußerste lächerlich und verächtlich zu machen, und dennoch würde sie vor dieser Befürchtung schwerlich von selbst zurückweichen 3). Wäre dagegen jeder Anwalt auf andere Weise zu vermögen, von freier Brust weg zu sprechen, wie er sollte, und seinen Vortrag immer auf dasjenige zu setzen, was ihm die Partei zu seiner Unterweisung „als unverdunkelte Geschichte des Vorfalles mit allen Umständen" mitgetheilt hat, so würde bald auch aus schriftlichen Akten der Sachverhalt des Prozesses leicht und ohne Umschweife, wenn gleich nicht so genau und vollständig, wie aus der mündlichen Verhandlung, zu ergründen sein. Auch das Organ der Staatsbehörde könnte mit seinem officiösen Antireferate in Civilsachen unbedenklich verstummen, die Reife und Weisheit der Entscheidung würde mit geringer Ausnahme dieselbe bleiben. Was dem Gerichte gefallen möge auszusprechen, das wird solches aus dem ganzen Stande der Sache oder aus den vorbereiteten Anträgen seines Referenten in der Rathskammer leicht von selbst herauszufinden wissen 4).

Die großen und durch keinen anderen Ersatz auszugleichenden Vorzüge des überrheinischen Civilprozesses sind vielmehr auf einem ganz anderen Punkte zu suchen, der den Meisten von uns noch unbekannt ist, oder doch unbeachtet übersehen wird. Sie bestehen darin, daß das Verfahren ein wesentlich natürliches, ein

leicht lieber den Art. 24 des Gesetzes v. 13. Brum. V. über die Aburtheilung der Militärverbrechen zum Vorbilde nehmen.)

3) Man vergleiche nur beispielsweise die nächste beste Prozeßschrift, die Jemand unter die Hand kömmt, mit den Reden der beiden Anwälte in dem Fall Nr. 325 des I. Anhanges.

4) Der Verfasser ist weit entfernt, die Verdienste der Staatsbehörde in Civilsachen mit dieser Bemerkung in Zweifel zu ziehen. Wer die schönen und gelehrten Requisitorien, die klaren Entwicklungen der Gesetze und die Erläuterungen aus der Rechtsgeschichte, welche die französischen Staatsanwälte besonders an den Gerichtshöfen vortragen, je aufmerksam gelesen hat, der wird, wenn er unbefangen urtheilen will, nicht umhin können, sich vor dieser Anstalt zu verneigen.

wesentlich summarisches, ein wesentlich energisches ist; Dank dem Inbegriffe dieser drei Eigenschaften und der daraus entquillenden Freiheiten des richterlichen Urtheiles ist das ganze Verfahren ein wesentlich reelles, welches dem wahren Knotenpunkte des Streites, und dem praktischen Ziele aller Rechtspflege auf der kürzesten Linie zueilt, anstatt, wie im deutschen Rechte, ein langwieriges Spiel mit formalistischen Winkelzügen und ein regelrechtes Abwickeln nutzloser Subtilitäten zu sein. In dieser Realität liegt die ganze Schwungkraft des raschen Prozeßganges, diese Realität liefert den Schlüssel zu einer Reihe überraschender Erscheinungen; nur einige derselben sollen hier eine nähere Andeutung finden, um eine Vorstellung von dem Geiste zu geben, der das Ganze belebt.

1) Die Natürlichkeit des französischen Civilprozesses tritt vor Allem darin hervor, daß die Regeln und Formen für die Ermittlung der Wahrheit auf das geringste Maaß beschränkt sind, was dieselben vertragen, um ihren Zweck zu erreichen, statt daß im deutschen Prozesse Alles bis auf die kleinste Zwischenfrage an einen Zeugen, den Gebrauch eines Briefes oder schriftlichen Zeugnisses als Nebenbehelf an eine gewisse Stelle und Frist gebunden, unter die Herrschaft einer Prozeßregel, unter den Angriff mit einem Rechtsmittel gestellt ist. Ganz mit Unrecht wird dem französischen Prozesse der Vorwurf gemacht, er sei mit unverständlichen Formen überladen, und selbst noch förmlicher als der deutsche, obwohl derselbe auf diesem Punkte besonders in dem, was vor und außer der öffentlichen Verhandlung vorgeht, noch großer Verbesserungen fähig wäre. Die ziemlich verwickelte Lehre von den Förmlichkeiten und Nichtigkeiten im Prozesse, von denen die der Gerichte von jenen, welche gerichtliche Hilfsbeamte begehen, und beide wieder von denen des Privatrechtes wohl unterschieden sind, läßt sich auf folgende Hauptsätze zusammendrängen [5]).

Alle Gerichts- und Parteihandlungen im gerichtlichen Verfahren zerfallen in drei Klassen. Sie sind entweder an wesentliche Förmlichkeiten gebunden, deren Vernachlässigung die Nichtigkeit der Handlung, mit demjenigen, was wir Präklusion oder Desertion heißen, gleichbedeutend, zur Folge hat; eine Förmlichkeit ist aber nur dann wesentlich, wenn das Gesetz selbst diese Folge ausdrücklich angedroht hat oder wenn sonst eine der Grundbedingnisse für den Rechtsbestand eines jeden gerichtlichen Verfahrens dabei ver-

5) Vgl. hierüber Schlink's Commentar, Bd. II. §. 268 ff.

mißt würde. Diese Nichtigkeit wird geheilt, wenn die Gegenpartei in ihrer nächsten Handlung, ohne sie zu rügen, darüber hinwegging (Art. 173 u. 1030 C. Pr.), insoferne sie nur überhaupt heilbar ist, und nicht ein dem Verzichte der Parteien entzogenes Interesse der öffentlichen Ordnung berührt. Außer jenem Falle ist zuweilen einer Handlung blos eine außerwesentliche Förmlichkeit vorgezeichnet, deren Vernachlässigung nur eine Strafe für die saumselige Partei oder den fehlgehenden Beamten zur Folge haben soll, und welche dann, so weit möglich, noch geheilt oder verbessert werden kann; — oder die Handlung ist in den Gesetzen formlos sich selbst überlassen, und nur an die Gränzen gebunden, welche ihr das richterliche Ermessen in jedem einzelnen Falle vorzeichnet. Diese letztere Klasse bildet die Regel, wo nicht das Gesetz selbst nothwendig fand, mit einer bestimmten Vorschrift in die Mitte zu treten. Gerade darin beruht ein vorzüglicher Unterschied des franz. Prozesses, daß das richterliche Ermessen völlig frei, durch nichts eingeschränkt ist, wo sich kein Gesetz vorfindet, um dasselbe auf eine bestimmte Richtung hin zu verweisen. Nullitäten des Prozesses — nullités de procedure und de jurisdiction — heißen im franz. Prozesse im Ganzen alle Verstöße der Instruktion, sei es durch richterliche oder durch Hilfsbeamte, Anwälte und Gerichtsboten, welche man im deutschen Prozesse nach Umständen mit selbstständigen oder verbundenen Instruktionsbeschwerden gegen einfache und prozeßleitende Zwischenbescheide bei dem höheren Richter zu verfolgen pflegt; eine solche Beschwerde ist aber nur über diejenigen Punkte möglich und in Verbindung mit der Berufung gegen das Endurtheil zulässig, für welche dort die Nullität oder Unregelmäßigkeit des Verfahrens in einer Vorschrift der Gesetze ihren bestimmten Stützpunkt findet; alles übrige fällt in die billigmäßige Amtsgewalt der Gerichte, pouvoir discrétionnaire genannt, und ist dann von jeder Ueberwachung frei. Ein einziges Beispiel wird diesen Unterschied klar machen. In der ganzen franz. Pr. O. mit all' ihren Anhängen findet sich keine Spur einer Vorschrift darüber, unter welchen Umständen eine Frist zu verlängern oder eine Verhandlung zu vertagen sei; die selbstverständliche Folge davon besteht darin, daß die Bestimmung hierüber der freien Einsicht eines jeden Gerichtes oder einzelnen Richters selbst überlassen bleibt. Versagt etwa ein Friedensrichter oder ein Bezirksgericht die erbetene Vertagung einer Verhandlung, so gibt es dagegen keine Judicial- oder Extrajudicial-Beschwerde, nie eine Verwahrung oder Berufung an den höheren Richter, weil der Nach-

suchende seine Information noch nicht vollständig beisammen hatte, wenn nur der erste Termin den vom Gesetze hiefür vorgeschriebenen Zeitraum umfaßte; denn außerdem wäre die ganze Ladung und Verhandlung nichtig. Im deutschen und namentlich im bayerischen Prozesse ist umgekehrt eine jede Handlung eines Unter- oder Mittelgerichtes, so lange nicht eine bestimmte Beschränkung im Gesetze erweislich ist, von selbst der Ueberwachung des Obergerichtes unterworfen. So findet namentlich im bayer. Prozesse die Abweisung einer Klage von der Schwelle des Gerichtes nur zwei Instanzen offen, ein Vertheilungsbescheid im Concurse, der so wichtig ist, als das Prioritätsurtheil selbst, dessen praktischen Abdruck er nur geben soll, kann, wenn in zweiter Instanz bestätiget, nicht mehr weiter verfolgt werden. Dagegen kann immerhin ein ertheiltes oder abgeschlagenes viertes Fristverlängerungsgesuch zur Einreichung der Duplik, es mag gleichförmig beschieden sein oder nicht, durch Verwahrungen durch alle drei Instanzen geschleppt und noch der oberste Gerichtshof zuletzt mit seiner Prüfung befaßt werden. Wo kömmt bei allem dem die Consequenz hin? Alle Gefahren der franz. Behandlung schwinden aber dadurch, daß der mit der erbetenen Verlängerung Abgewiesene durch Einspruch und Berufung alles Versäumte auf zwei weiteren Stufen noch immer nachholen kann.

2) Ganz dasselbe System von Unterschieden beherrscht auch die Regeln und Betrachtungen, wonach die Prüfung der Beweise zu geschehen hat. Einzelne derselben sind als wesentlich und gebieterisch im Gesetze aufgestellt, z. B. das Erforderniß des Urkundenbeweises bei Verträgen, deren Gegenstand sich über 150 Fr. belauft; die Anwendung dieser Regeln gehört dann zum Rechtspunkte, ihre Verletzung eröffnet den Cassationsrecurs vor dem obersten Gerichtshofe. Andere hat das Gesetz nur anleitungsweise vorgezeichnet, wie namentlich der Art. 1353 C. Nap. für die Abwägung der gemeinen Vermuthungen einen Anhaltspunkt aufstellte. Soweit sich aber keine Regel im Gesetze findet, wie namentlich für die Würdigung des ganzen Zeugenbeweises, bleibt Alles der natürlichen Umsicht der Richter überlassen, ohne alle Dazwischenkunft von Vorschriften, welche für den Verstand und das Gewissen gleich beengend sein müßten. Jede Thatsache, für deren Beurtheilung sich keine Regel in den Gesetzen vorfindet, tritt eben hiemit unter die souveraine Herrschaft der Urkunden und Umstände des Falles, was nichts anderes als soviel sagen will, ihre Erkenntniß und Erhebung zur Evidenz bleibe dem richterlichen Ueberblicke aller Ver-

muthungsgründe und Schlußfolgerungen anvertraut, welche die von allen Seiten zusammentreffenden Beweismittel, Umstände und andere Lichtpunkte darbieten, ihre Gewißheit sei schon in dem Falle anzunehmen, wenn die Zusammenfassung dieser letzteren auf das jedem Menschen angeborne Licht der Vernunft einen nachhaltig überzeugenden Eindruck hervorbringe. Dieses ganze System ist nur eine treue Befolgung der Lehre, die uns Papinian in fr. 13 de test. (22, 5) aufbewahrte: Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium. Bonnier, der franz. Hauptschriftsteller über die Beweise, hat dieselbe Bemerkung in seinem traité des preuves Nr. 96. sehr bezeichnend mit den Worten gegeben: „Das Gesetz richtet keine andere Frage an den Richter, als die „einzige: haben Sie eine feste Ueberzeugung? An diesen „Grundsatz muß sich jede Rechtspflege halten, in Civil- wie in „Criminalsachen, solange nicht das Gegentheil durch einen beson„deren Text vorgezeichnet ist."

Da die Fähigkeit zu dieser Verrichtung natürlich jedem Menschen von selbst inne wohnt, und sich auf jedem Schritte aus seinem Denkvermögen entwickelt, so ist jene universale Evidenz auch an keine Stelle im Prozesse gebunden, sondern überall offen und in ständiger Bereitschaft, zu jeder Zeit einzugreifen, wo der Richter die zureichende Erkenntniß eines Umstandes erlangt hat. Jene Evidenz, in jeder Lage der Sache ein unentbehrliches Hilfsmittel für die Urtheilsschöpfung, ist nichts anderes, als die glückliche Freiheit, eine Sache in dem Lichte zu betrachten, wie sie wirklich ist, das ganze künstliche Gewebe von Intriguen, in das man sie zu verhüllen sucht, wo nicht zu zerreißen, dennoch zu durchschauen, und das von selbst Einleuchtende über alle Winkelzüge emporzuheben. Sie ist der reine Erguß der Ermächtigung, den Verlauf einer Sache so festzustellen, wie der Richter wahrnimmt und klar bemerkt, wie Jedermann aus Allem, was er gehört und gesehen, bemerken muß, daß die Sache war und daß sie noch ist, daß sie sich in der Vergangenheit zutrug, und ihre Nachwirkung noch der Gegenwart überliefert, ganz ebenso, wie die Geschwornen denjenigen für schuldig erklären, von dem sie aus Allem wahrnehmen, unbezweifelbar bemerken und eben deshalb fest überzeugt sind, daß er das Verbrechen begangen habe, dessen man ihn anklagt. Dieses klar bewußte Merken und diese den Verstand innig durchdringende Ueberzeugung ist das wahre Wort und das ganze Geheimniß für das tiefe und nicht einmal mühsame Eindringen der

franz. Civilrechtspflege in die Eingeweide des Faktums und in das ganze thatsächliche Element des Falles, sie bildet die elektrische Kette, an welcher der Geist der Richter die verworrenen Irrgänge eines von List und Lüge umstellten Sachverhaltes auf der Stelle durchlauft.

Im deutschen Prozesse haben wir für jene Herrschaft der Umstände eine ängstliche Herrschaft der Umständlichkeit als Ersatz. Was juristisch ist, soll formell; was formell ist, muß umständlich sein; die Justiz mit ihren formalen Grillen, obwohl eine Isis mit hundert Brüsten, erdrückt in ihrer Umarmung sehr oft die wahre Gerechtigkeit. Die Rechtsgelehrtheit wird bei uns, wie nach Bentham's Bemerkung auch in England, zur Kunst, methodisch nicht zu wissen, was doch aller Welt bekannt ist [6]).

Sollte es denn wirklich eine so schwere und gewagte Sache sein, wie viele meinen, ein solches Bild aus der freien Ueberzeugung zu schöpfen und zu einer festen Begränzung zu bringen? Gewiß nicht. In den Civilgerichten auf unserm jetzigen Fuße, bei der so mangelhaften und verschraubten Weise, in der uns das Licht vorenthalten oder auf künstlichen Wegen und durch gewundene Organe zugeführt wird, ist es meistens ein leichtes Spiel, gleich nach dem ersten Durchlesen der Verhandlungen auf das gründlichste überzeugt zu sein, was wirklich an der ganzen Sache ist; man traut sich nur nicht, ist das gewöhnliche Wort, es auszusprechen, man erklärt es für baare Muthmaßung. Warum sollte aber die Menschlichkeit dieses Urtheiles, wenn es durch die Zuflüsse des freien Wortes erst bereift und geläutert ist, die Ueberzeugung qua homo, wie man zu sagen pflegt, einen Grund seiner Verdächtigung, einen nur halb annehmbaren Vorwand zum Gegensatze der Stellung qua judex bilden?

Man sollte wohl glauben, wenn man auf eine so beharrliche Abneigung stößt, jene freie Evidenz als die schnelle Erfassung dessen, was man aus dem ganzen Stande einer Verhandlung abnimmt und als unvermeidlichen Eindruck in sich aufnehmen muß, sei ein völlig unbekanntes Wesen in den deutschen Prozeßgesetzen, sei gleichsam ein gefürchtetes Gespenst, welches seinen profanen Spuck mit hüpfenden Irrlichtern treibt. Auch dieses ist nicht der Fall, nur

6) Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 96. Blackstone selbst gibt zu, daß das englische System des gerichtlichen Verfahrens das verwickeltste und unnatürlichste sei, welches je für ein freies und erleuchtetes Volk bestimmt war. Boncenne Introduct. Ch. X.

die Verfeinerung der Gelehrsamkeit hat jenen Unterschied der Erkenntniß als Mensch und als Richter geschaffen und scharf ausgeprägt. Das römische Recht hat in fr. 3 §. 4 de Carb. Ed. (37, 10) den Fall der Evidenz, causa absoluta genannt, einer ambigua causa als Ergebniß der summaria causae cognitio gegenüber gestellt, ohne für die erstere bestimmte Erfordernisse anzugeben. Causae cognitio in eo vertitur, heißt es dort, ut si *manifesta calumnia* appareret eorum, qui... et si quidem *absolutam causam* invenerit, *evidenterque probatur,* filium non esse, negare debet, . . . si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, *ut non videatur evidenter* filium non esse, dabit ei Carb. bon. poss. Auch andere Stellen erwähnen der freien Evidenz als einer dem Gewissen jedes Richters überlassenen Sache. So von der Zustimmung des Gläubigers zum Verkaufe seines Unterpfandes das fr. 8 §. 15 quib. mod. pign. solv. (20, 6): nisi *manifeste appareat,* deceptum esse; — von der Bestechung der Zeugen C. 17 de test. (4, 20): Sed si *liquidis probationibus* eos corruptos esse ostenderis; — von verloren gegangenen Urkunden C. 7 de fide instr. (4, 21): tamen si *aliis evidentibus probationibus* veritas ostendi potest. In gleicher Weise läßt das canonische Recht in Cap. 10. X. de cohab. cler. (3, 2) jene Evidentia rei, quae nulla tergiversatione celari potest, als einen vollkräftigen Beweisgrund gelten. Auch die bayer. Partikulargesetze haben sich an nicht seltenen Stellen auf die Evidenz eines Faktums berufen; daß sie hierunter nicht immer seine Erhebung durch Augenschein verstehen, erhellet daraus, weil solches in Fällen geschieht, wo ein der äußeren Wahrnehmung fähiger Zustand gar nicht fortbesteht. So findet nach LR. I, 1 §. 10 Nr. 3 die einschränkende Auslegung alsdann statt, wenn offenbar und augenscheinlich ist, daß ratio legis vollkommen und gänzlich hierin cessire. Nach LR. I, 4 §. 9 Nr. 2 werden die von der Ehefrau in rechter Zeit gebornen Kinder Allemal dem Manne beigemessen, es sei denn das Widerspiel durch allzu lang andauernde Abwesenheit oder Impotenz oder andere dergleichen augenscheinliche Proben (per evidentiam facti) vollständig dargelegt. Unter Evidenz ist hier offenbar eine sichere Folgerung aus ganz schlußbündigen Umständen verstanden. Nach GO. K. IX. §. 13 soll über den vollendeten Beweis oder Gegenbeweis kein weiterer Beweis andergestalt als *per evidentiam facti* oder per juramentum... oder ex cap. nov. mehr zugelassen werden. Was versteht hier die GO. unter

Evidentia facti? Offenbar etwas, was so klar ist, daß es auf der Stelle einleuchtet. Nach GO. K. XII. §. 2 Nr. 5 erfordert praesumtio violenta zur Beweisung des Widerspieles Evidentiam facti, mithin ein mehreres, als die gewöhnliche Probe. Worin besteht dieses Mehr? In einer Einsicht, die so mächtig ist, daß es ein Unsinn wäre, noch einen Zweifel zu hegen. In K. XIV. §. 2 Nr. 3 will die GO., nach dem Aktenschlusse solle keine weitere Handlung mehr zugelassen werden, außer soviel die privilegirten Probsmittel *per Evidentiam facti* betrifft. All' diesen Vorschriften liegt offenbar nur die dem Gesetze selbst nicht ganz klar gewordene Idee zu Grunde, daß jene Erkenntniß, welche durch einen scharfen und umfassenden Einblick in die Verhältnisse eines Falles nach allen Seiten hin mit dem Urquell alles Geistes gewonnen wird, eben so sicher und unaufhaltsam sein solle, als diejenige, welche dem Lichte der Augen aus der Beschauung eines Körpers oder eines Zustandes aus der materiellen Ordnung der Dinge einströmt; eben dieses unvertilgbare Licht der Vernunft ist aber die Quelle aller Evidenz im franz. Prozesse [7]).

Man kann dagegen einwenden und hat schon oft eingewendet: Diese Evidenz, welche die Herrschaft der Umstände eines Falles an die Helle des Tages ziehen soll, ist nichts Anderes, als ein subjectives Urtheil. Ganz recht; allein es wäre gewiß die höchste Zeit, das alte Vorurtheil gegen das subjective Urtheil aufzugeben, weil es ein objectives Urtheil, d. h. einen gleichförmigen Eindruck, den eine gewisse Configuration von Beweisgründen auf jede Betrachtung der Richter vermöge der Anwendung fester Regeln hervorbringen muß, nicht gibt, weil das Streben nach objectiver Gewißheit ein bodenloser Sumpf ist, wie unsere täglichen Streitigkeiten über die Ergebnisse einer langen und langweiligen Beweisführung auf das un-

7) In Best's engl. Beweisrechte wird §. 76 als die einzige allgemeine Beweisregel aus dem Munde eines englischen Lordkanzlers angeführt: „Richter und Rechtsgelehrte haben ausgesprochen, daß es nur Eine Grundregel des Beweises gibt, nämlich die, in einzelnen Fällen die bestmögliche Evidenz zu verlangen.“ Ebendaselbst sind die Worte des Oberrichters Gilbert ausgehoben, welcher zuerst das englische Beweisrecht in ein System brachte: „Die erste und bedeutendste Regel für den Beweis ist die, daß eine Partei die besten Beweismittel vorbringen muß, welche die Natur der zu beweisenden Thatsache gestattet.... Der Sinn dieser Norm ist, daß keine solche Evidenz vorgebracht werden soll, welche nach der Natur der Sache noch bessere Beweismittel im Besitze und in der Gewalt des zu beweisen Verbundenen zuläßt.“ — Evidenz heißt übrigens in der englischen Gerichtssprache zunächst der Zeugenbeweis.

widersprechlichste darthun. Was ist denn der Eid, womit all' unsere Beweisführungen ausmünden, was ist das breite Delta von Eiden, das sich hier aufthut, anders, als ein angehängter Schweif der subjectivsten und noch obendrein der verdächtigsten Urtheile von allen, weil sie die Ausströmung einer individuellen und höchst betheiligten Auffassung einer Sache zulassen? Wenn wir Richter, was uns die formale Wahrheit als ihr ideales Ziel vorsteckt, Nichts vermuthen und von selbst errathen, Nichts ableiten und muthig folgern, Nichts aus Allem, was vor unsern Augen liegt, klar abnehmen und mit ungeblendetem Scharfblicke erspähen sollten, wenn wir unser inneres Gesicht vor jenem mächtigen Lichte scheu verschließen und uns hüten sollten, ein subjectives Bild von den Verwicklungen einer Sache auf unsern Verstand einfallen zu lassen, welches durch das Zusammentreffen einer Mehrheit von Urtheilen über denselben Punkt sich zu einer Objectivität fixirt, wenn wir statt dessen das Wagniß jeder Conjektur verschmähend, unsere Aussprüche aus einer Schachmaschine gelehrter Formeln hervorziehen müßten; — was könnte dann an unseren Urtheilen noch übrig bleiben, um sie vernünftig und achtbar zu machen, um sie ernsthaft und überzeugend zu erhalten, statt sie vor aller Welt durch den abgenutzten Zugriff auf nichtsbedeutende Eide dem Gelächter blos zu stellen? Man hat gut sagen, das sei keine Kunst mehr, sich einer Evidenz hinzugeben, die Jedermann offen steht; das ist wahr, aber es braucht auch keine zu sein. Gerade darin beruht vielmehr der beste Probestein der ernsthaften Wahrheit, daß sie so kunstlos als nur immer möglich ergründet sei, daß sie Jedermann einleuchte und von selbst entgegenkomme. Unser Scharfsinn ergeht sich doch alle Tage in der Auslegung der Gesetze und der Ergründung ihres wahren Sinnes, in der Aufhellung ganz verzweifelter Rechtsfragen; sollte derselbe etwa zu hochfahrend sein, um bis in die Schachten des Faktums hinabzusteigen, etwa in der ganz überflüssigen Besorgniß, dadurch unvermerkt auf das Feld einer zweideutigen Spähekunst hinunter zu gleiten?

3) Jene universale Evidenz, jene collective Inspiration durch die Urkunden und Umstände eines Falles muß zuweilen selbst auf den Rechtspunkt hinüber greifen und auch diesen mit umschließen, wo es an zureichenden Vorschriften fehlt, und dagegen Faktum und Recht so unauflösbar ineinander verschlungen sind, daß das Eine ohne Nachhilfe des Anderen sich gar nicht gründlich feststellen läßt, was auch im Privatrechte unter dem Namen der so häufig angerufenen Natur der Sache sehr wohl bekannt ist. Dieselbe wird als-

dann zu der Quelle eines Urtheiles nach Billigkeit, was keine Rechtspflege, die vernünftig und fruchtbar bleiben will, je entbehren kann und verschmähen sollte. Dasselbe lehnt sich an die uralte Vorschrift des fr. 90 de R. J. an: In omnibus quidem, *maxime tamen in jure aequitas spectanda est.* Dieser schöne Spruch wird dermalen mißkannt oder vergessen; seit hundert Jahren kämpft alle Theorie, denselben als eine dem Rechte feindselige Zugabe, als den verneinenden Gegensatz des Rechtes aus dem deutschen Rechtsleben zu verbannen. Schon der vorige Abschnitt ließ indessen ersehen, an wie zahlreichen Stellen die bayer. Gesetze auf die Billigkeit hinverweisen; an der Spitze derselben steht die Vorschrift der GO. K. III. §. 3 Nr. 1, daß man Kleinigkeiten unter 50 fl. der Billigkeit nach zu entscheiden trachten solle. Hieraus wurde vorerst der Schluß gezogen, als habe in größeren Sachen von gewissem Umfange die Billigkeit alle Herrschaft verloren. In neuerer Zeit verfiel noch dazu eine sehr ansehnliche Stimme vom besten Klange auf den unglücklichen Gedanken, die Billigkeit auch aus den kleinen Sachen, die man mündliche Verhörshändel nennt, verdrängen zu wollen, blos aus dem wohl kaum haltbaren Grunde, weil dieselbe in einem neueren Prozeßgesetze, welches in keinem Theile Anspruch darauf macht, die GO. ganz zu ersetzen, unberührt blieb [8]). Diese Abneigung ist wahrscheinlich von dem Eifer gegen alle Willkühr eingegeben, die man jedoch mit der Billigkeit nie verwechseln darf; aus diesem Grunde bezeichnete auch das römische Recht dieselbe überall mit dem Zusatze: arbitrium boni viri.

Im Civilrechte finden wir dem s. g. judicium stricti juris sehr weise das judicium bonae fidei an die Seite gestellt, auf welches an hundert Stellen verwiesen wird; in unserem deutschen Prozesse ist diese bona fides als eine natürliche Emanation seit langer Zeit verschmäht und auf den Index gesetzt; jedes Urtheil muß schulgerecht, jedes ein judicium stricti juris sein, weil es in der Natur des Rechtes liegen soll, überall streng und scharf abgemessen zu sein, und nichts, wie man gewöhnlich sagt, „über das Knie zu brechen." In einem ähnlichen Sinne hat die englische Gerichtsverfassung den Gerichten des gemeinen Rechtes (of common law) eine eigene Klasse von Billigkeitsgerichten (courts of equity) zur

8) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV. S. 207; Seuffert's Commentar (II. Aufl.) Bd. II. S. 35.

unentbehrlichen Ergänzung an die Seite gesetzt [9]). Die französische Gerichtsverfassung fand einen solchen Unterschied nicht nothwendig, weil jedes Gericht, welches sich mit der Feststellung des Faktums befaßt findet, von selbst ein Billigkeitsgericht ist, das in der einen Hand das Recht, in der andern die Billigkeit, wie Szepter und Reichsapfel emporhält. Von hundert Urtheilen, in Entschädigungsprozessen ergangen, kann man nicht wohl drei oder vier lesen, ohne sich auf der Stelle zu überzeugen, daß sie alle Billigkeitsurtheile — judicia bonae fidei oder secundum arbitrium boni viri geschöpft sind, in derselben Weise, wie unsere alten Biedermänner, die um den Ring standen, ihre Aussprüche gaben. Heutzutage sind dafür in Deutschland alle Gerichte mit Richtern des strengen Rechtes besetzt.

Die Billigkeit ist auf das engste verbunden mit der Beiläufigkeit, dem nur annäherungsweise möglichen Urtheile, welches man im deutschen Prozesse gleichfalls so hoch aufgehängt hat, daß es Niemand mehr zu erreichen vermag. Handelt es sich um Sachen, die gar nicht zum wirklichen Dasein gelangten, wie unreife verdorbene Früchte, oder um einen vereitelten Erfolg, oder wohl gar um eine ganze Kette von Erfolgen, die in ihrem Keime vor jeder Entwicklung erstickt wurden, und dadurch jeder sicheren Vorhersicht entrückt sind, so ist gar nicht wohl ein anderer, als ein approximativer Anschlag möglich, der sich bestrebt, der Wahrheit

9) Vgl. hierüber Rüttimann's engl. Civ.-Prozeß, der S. 234. ff. nachstehende Aeußerungen Blackstone's und Woodesson's über die englischen Billigkeitshöfe anführt: „Billigkeit in der wahren und ächten Bedeutung des Wortes ist die Seele alles Rechtes. In diesem Sinne können die Rechtshöfe die Billigkeit ebensowenig entbehren, als die Billigkeitshöfe von allem Rechte abstrahiren dürfen... Unter einer billigen Auslegung der Gesetze versteht man nichts Anderes, als eine verständige Anwendung derselben... und es ist ganz unrichtig, daß die Billigkeitshöfe nicht durch Regeln oder Präcedentien gebunden seien, sondern jeden einzelnen Fall mit Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen behandeln." — Weiter unten aus Woodesson: S. 235 „Aristoteles sagt: Das Wesen der Billigkeit besteht in der Verbesserung des Gesetzes, wo dieses wegen seiner Allgemeinheit mangelhaft ist; .... (alsdann) enthält das Gesetz eine Lücke, welche die Billigkeit zu ergänzen hat. S. 239. Die Befugniß, die Entscheidungen den Umständen anzupassen, im Gegensatze zu der feststehenden Präcision und den althergebrachten Formen der Rechtssprüche ist eine wesentliche Eigenschaft der Billigkeitshöfe und die fruchtbarste Quelle ihrer Geschäfte. Demgemäß bezeichnen sie z. B. das Verhältniß, in welchem ein Verlust oder eine Last getragen werden soll.... S. 241. Die Billigkeitsjurisdiktion soll blos die Mängel in der Competenz der Rechtshöfe ergänzen,.... da jedem Rechte ein entsprechender Schutz zur Seite stehen soll."

einer verloren gegangenen Zukunft so nahe als möglich zu treten und in's Gesicht zu sehen. Das juristische Urtheil der deutschen Rechtspflege verschmäht indessen jeden Ausspruch als den Gräuel einer oberflächlichen Halbheit, der nicht säulenfest auf tiefem Grunde steht, und läßt lieber das beste Recht darüber untergehen. Was verhältnißmäßig und was angemessen sei, wie namentlich bei der Concurrenz zu Cultusbauten oder zur Herstellung von Communicationsmitteln, bei dem Uferschutze oder der Ausgleichung von Kriegslasten, wo dieser Punkt oft so wichtig ist, wird nie aus einer Ueberschau aller Verhältnisse gegriffen, sondern immer als ein Rechenexempel an stehende Pfeiler der Prozeßlage angeheftet und alsdann den Sachverständigen Preis gegeben. Ganze Massen beweglicher Sachen, wie der Holzbestand eines Waldes, die Ausfertigung einer Braut, die Hauseinrichtung einer Familie, das Inventar einer Landwirthschaft oder eines gewerblichen Unternehmens werden nie mit einem Griffe erfaßt, nie übersichtlich in einem Geldwerthe ausgeprägt, sondern immer Stück für Stück gezählt und gewogen, was dann zu Urtheilen mit einigen hundert Beweisartikeln und zehn bis zwanzig, wo nicht gar vierzig bis sechzig Eiden hinführt[10]). Ganz dasselbe gilt von den einzelnen Folgen eines Verschuldens und den Posten einer Entschädigungsklage. Ist etwa wohl das deutsche Urtheil, weil so strenge juristisch gehalten, darum auch treffender oder nur um die Breite eines Nagels richtiger, als der freie Anschlag der franz. Gerichte? Alles, was sich hierüber sagen ließe, wird überflüssig, wenn man sich nur dem Eindrucke überläßt, den eine Vergleichung der zahlreichen Beispiele in den beiden am Schlusse folgenden Anhängen über diesen Punkt auf die Beurtheilung nothwendig hervorbringen muß.

4) Ein weiterer Ausfluß der Natürlichkeit im Systeme des französischen Civilprozesses besteht noch in der den Richtern verliehenen Macht, sich selbst um die Quellen ihrer Erforschung und die Anhaltspunkte ihrer Erkenntniß umzuthun, und nicht umstellt von den Garnen einer bis zum Unsinne ausgesponnenen Verhandlungsmaxime auf eine gemächliche Passivität beschränkt zu sein, vielmehr überall mit freiem Blicke hin vorzudringen, wo dieselben nur immer einen Funken des Lichtes sich entgegen glänzen sehen. Unsere Anwälte halten uns in ihren Schriften mit großer Emphase vor, im deutschen Prozesse sei die Partei der Herr des Faktums. Daß

10) Vgl. Anh. II. Nr. 24.

dem nicht so sei, wird einer der folgenden Abschnitte noch ersehen lassen; wäre es aber wirklich der Fall, so müßte dieser Zustand nur als ein neues Gebrechen der deutschen Rechtspflege in Betracht kommen. Der Richter muß der Herr des Faktums sein und bleiben, wenn er das Recht darauf anzuwenden hat; er sollte es auch im deutschen Prozesse immer geblieben sein. Der Grundsatz: judici fit probatio weist klar darauf hin, daß alles Streben der Theile nur darauf gerichtet sein müsse, die richterliche Umsicht aufzuklären. Die Verhandlungsmaxime, die im franz. Prozesse ihre Herrschaft ausübt wie im deutschen, macht sich dort nur in dem regelmäßigen Formenbau für die Erhebung der vorgeschlagenen Beweise geltend, drückt aber nicht auf die freie Forschung der Richter mit einer auferlegten Zurückhaltung, ihre Ueberzeugung auch in unbenützten Quellen, die sie hiefür offen finden, zu schöpfen oder zu vervollständigen. Der Art. 268 der franz. Strafprozeßordnung hat den Vorständen aller Strafgerichte eine billigmäßige Amtsgewalt, — pouvoir discrétionnaire — verliehen, welche ihrem Eifer und ihrem Gewissen die Pflicht auferlegt, Alles aufzubieten, was zur Entdeckung der Wahrheit und zur Begünstigung ihrer offenen Darlegung wie immer dienlich sein kann; der Art. 141 des bayer. Strafprozeßgesetzes von 1848 hat jene Bestimmung gleichfalls wieder gegeben[11]). Der Präsident eines franz. Civilgerichtes hat im Grunde dieselbe Amtsgewalt, obwohl die Civilprozeßordnung derselben nirgends ausdrücklich erwähnt, nur in jenen Gränzen auszuüben, welche derselben der Gerichtsgebrauch und einzelne Andeutungen des Gesetzes selbst vorgezeichnet haben[12]). Derselbe darf an Parteien und Anwälte, an Zeugen und Sachverständige alle Fragen

---

11) Die Uebersetzung des pouvoir discrétionnaire mit „billigmäßiger Amtsgewalt" lehnt sich an die Stelle der GO. K. XIII. §. 4 Nr. 3 an, wo es heißt, der Richter solle das Uebermaaß (was mit dem Würdigungseide beschworen ist) mildern, und auf ein billigmäßiges Quantum heruntersetzen, womit also ganz dieselbe Sache bezeichnet ist. Vgl. auch Anmerkung. zum bayer. LR. IV, 16 §. 6. Nr. 6 lit. c, wo derselbe Ausdruck nochmals vorkömmt.

12) Bonnier in seinem traité des preuves führt jenes pouvoir discrétionnaire der Richter in Civilsachen, das in der Prozeßordnung doch nirgends genannt ist, an mehr als zwanzig Stellen an. Boitard in seinen Leçons sur le C. Pr. Civ. nennt das Wort pouvoir discrétionnaire zwar nicht, erklärt aber nur desto öfter die Sache selbst. Der englische Rechtsgelehrte Woodesson tadelt das freie Ermessen in Strafsachen, und fügt bei: Demnach hat der Richter nur in Civilprozessen, welche das Eigenthum betreffen, eine discretionäre Gewalt. Rüttimann a. a. O. S. 236.

stellen, die ihm angemessen scheinen, das Gericht selbst aus ihrer ungenügenden Beantwortung jede der Sache angemessene Folge ziehen. Sind sie nicht gegenwärtig, so darf das Gericht das persönliche Erscheinen der Theile verordnen und sie selbst mit in die Berathungskammer vorladen, wenn hievon nähere Aufschlüsse zu erwarten sind, welche das contradiktorische Verfahren in der öffentlichen Sitzung zu sehr überladen würden. Der Präsident darf sich alle in der Sitzung zum Vorscheine gebrachten Schriften und Urkunden vorlegen lassen, oder ihre Vorlage den Parteien aufgeben, oder auch, soweit sie sich in den Händen von Behörden befinden, den Staatsanwalt zur Beischaffung veranlassen; alle Archive der Notarien, Register der Hypothekenbewahrer und andere Orte, wo sich Urkunden unter öffentlicher Autorität in Verwahrung befinden, sind ihm ohne Edition und Produktion zugänglich. Die Schlußworte des Präsidenten, das Gericht wird die Urkunden näher prüfen, — la cour verra les pièces — vertreten höchst summarisch die Stelle aller Produktionstagsfahrten; sollte die eine Partei alsdann die ihrigen nicht auf dem Tische niederlegen, so erfolgt das Urtheil blos auf der Grundlage derjenigen, welche die andere übergeben hat. Art. 94, 98—100 C. Pr.

Diese Herrschaft der Gerichte über das Faktum äußert sich nicht blos positiv, sondern auch sehr zweckmäßig negativ; was nicht dazu erforderlich oder geeignet erscheint, das Gewissen der Richter besser aufzuklären, darf in jeder Lage der Sache als unerheblich zurückgewiesen werden. Als ein weiterer Ausfluß derselben Herrschaft bewährt sich überdies noch der Gebrauch, den alle Richter von der Offenkundigkeit notorischer, keines vernünftigen Zweifels mehr fähiger Umstände machen. Sobald der Richter und der freie Denker, der Mann auf dem curulischen Stuhle und der Mensch in seiner freien Stellung des Lebens mit seiner Erfahrung und Weltkenntniß sich nicht mehr von einander absondern, und so zu sagen in ihrer Natur ausgeschieden zu erhalten bemüht sind, sondern überall in Eines zusammenfallen, ist auch nirgends mehr ein entfernter Grund abzusehen, um die genaue und vollständige Kenntniß thatsächlicher Umstände, die nicht auf einem individuellen oder geheimen Wege erlangt wurde, wie das Wissen eines Zeugen, an der Gerichtsschwelle zurück zu lassen, gleichsam von sich abzustreifen, und von der Partei erst förmlichen Beweis darüber zu erwarten, oder ihr denselben aufzutragen. Die Gerichte sind vielmehr in solchen Fällen von selbst und durch ihr Amt die zuständigen Ausschüsse der Ge-

meinde, des engeren oder weiteren Umkreises der Bevölkerung einer Gegend, um durch ihre zusammentreffende Kundgebung zu constatiren, daß die Gewißheit eines Umstandes das ganze Gemeinwesen bereits so innig durchdrungen habe, um jede weitere Forschung nach seiner Wahrheit nur zu einem nutzlosen Aufenthalte zu machen. Auf solche Weise erklärt sich die in den Entscheidungsgründen der Urtheile nicht selten vorkommende Formel: Erwogen, daß es eine Sache von öffentlicher Notorietät ist, daß .... u. s. w. (Anh. I, Nr. 85, 135, 155, 156, 315 u. 321 a.)

5) Welch umfassenden Gebrauch die franz. Richter von der Schöpfung jener Evidenz aus dem, was vorkömmt, bei der mündlichen Verhandlung einer Sache, bei der Abwägung von Behauptung und Widerspruch, von Reden und Stillschweigen zu machen pflegen, wird zwar erst der folgende Abschnitt in das gehörige Licht versetzen. Schon hier läßt sich indessen bemerken, welcher Vortheil sich von einem offen stehenden Reflexe ziehen lasse, der dem Richter die Macht verleiht, gleich auf der Schwelle und bei dem ersten Hervortreten jedes Behelfes, worin derselbe auch immer bestehen mag, seinen ganzen Werth und seine Erheblichkeit einer summarischen Prüfung zu unterwerfen, und nach dem Ausfalle derselben seine Zuläßigkeit zu bestimmen. In den parlamentarischen Einrichtungen ist das Institut der Vorfrage — la question préallable — längst bekannt und ein weise ersonnenes Mittel, um ganz nutzlose Verhandlungen, die entweder unzulässig sind oder nicht die geringste Aussicht auf Erfolg haben, auf der Stelle abzuschneiden; findet ein Antrag nicht die Unterstützung einer gewissen Anzahl von Stimmen, so darf derselbe nicht zur Verhandlung gebracht, dem Antrage keine weitere Folge gegeben werden. Alle französischen Gerichte sind in dem Besitze dieses Rechtes der Vorfrage, obwohl dasselbe nur beim Cass.-Recurse förmlich ausgebildet ist; durchschauen sie auf den ersten Anblick, a prima facie et primo impetu, daß irgend ein Begehren oder ein Zwischenfall nicht in ernster, nicht in achtbarer oder rechtsbeflissener Absicht vorgebracht, sondern ein leichtfertiger Kunstgriff zum Aufhalten, ein muthwilliger Vorwand zur nutzlosen Verwicklung der Sache sei, daß er nur darauf ausgehe, deren natürliche Lage zu verschieben oder als ein Seitensprung dem Eigennutze zur Ausbeutung zu dienen, so berühren sie denselben mit dem schwarzen Stabe ihres Veto und bedeuten ihm hiedurch für immer den Ausschluß von ihren Schranken. Eine solche Amtsgewalt ist die Feuerprobe der Redlichkeit in dem gerichtlichen Zwei-

kampfe, und die Ausweisung der Frivolität, der dieselbe alle Zugänge vergittert, und sie damit zur Verzweiflung treibt, das gewünschte Ziel zu erreichen.

Auch im bayer. Rechte finden sich die Wahrscheinlichkeit und die Erheblichkeit der Behelfe an so manchen Stellen als ein Erforderniß ihrer Zulassung aufgestellt; allein die engherzige Auffassung der formalen Wahrheit hat diese Schranke längst umgeworfen oder nutzlos gemacht. Daß nur das Erhebliche zum Beweise auszusetzen oder zuzulassen sei, ist eine bekannte Sache; allein wer sollte nicht wissen, wie seicht und nachläßig diese Regel zur Anwendung kömmt? Nach dem bayer. LR. IV, 18 §. 1 Nr. 11 muß die Forderung, mit der Jemand compensiren will, richtig und liquid oder wenigstens ohne weitläufige Probe alsbald zu liquidiren sein. Hienach sollte ihr der Richter eigentlich diesen Punkt schon am Gesichte absehen; wer wagt sich aber noch an eine solche Frage? Nach dem folgenden §. 2 Nr. 6 findet das Retentionsrecht auch um debita illiquida statt, soferne sie nur wahrscheinlich und nicht von offenbarem Ungrunde sind. Wer versteht sich dazu, in diesen gähnenden Ungrund hinabzublicken? Schon der vorige Abschnitt ließ ersehen, wie zahlreich andere Stellen sind, welche der aus den Umständen zu bemessenden Wahrscheinlichkeit ein entscheidendes Gewicht beilegen. Auch die GO. war nicht bedenklich, in einzelnen Fällen die Gerichte mit dem Einblicke in die Wahrscheinlichkeit der Behelfe zu betrauen; sie machte ihnen zur Pflicht, das annehmbare Interesse an dem Gebrauche derselben nach der Lage eines jeden Falles summarisch zu würdigen. Den Grundton hiefür hat gewissermaßen K. IV §. 17 angestimmt: E r s c h e i n t der Ungrund der Klage aus des Klägers eigenen Narratis, oder bezeigt er sich ex Retroactis, so soll jener gleich von Amtswegen damit abgewiesen werden. Allein die Praxis hat diese Probe auf den Rechtspunkt und namentlich auf die Folgerichtigkeit des Petitums im Vergleiche mit der Geschichte beschränkt. Warum sollte man nicht mit gleich gutem Grunde den Satz dahin erweitern oder so verstehen dürfen: Erhellet die Nutzlosigkeit eines Behelfes oder vereinzelten Antrages zwar nicht aus den Vorakten, wohl aber aus der ganzen Lage der Sache, aus der Perspektive ihres reellen Bedarfes und weiteren Ablaufes; warum sollte sich jene Sperre der GO. nicht auch hier wieder vorkehren lassen? Aus jenem Grundgedanken erklären sich noch mehrere andere Bestimmungen der GO. Die Intervention soll nach K. VIII §. 4 Nr. 2 nicht andergestalt zustehen, es habe denn der Inter-

venient sein bei der Sache habendes wahres und nicht allzuweit hergesuchtes Interesse summarisch dargethan; wer sagt uns, ob es wahr ist und wie weit es der neu auftretende Widersacher hergesucht habe? Nach GO. K. XI §. 6 Nr. 5 muß in allen Fällen eine herauszugebende Urkunde dienlich und dem Impetranten daran gelegen sein, wie kann man wissen, was sein Anliegen und was ihm dienlich ist? Die Appell.-Beschwerden sollen nach K. XV §. 5 Nr. 3 schon an sich erheblich und wahrscheinlich sein; wenn also ein Kläger deshalb appellirt, weil er zum Beweise eines Umstandes gelassen sein will, der offenbar nicht mehr zu ermitteln ist, so zeigt sich seine Beschwerde auf den ersten Blick als ganz unwahrscheinlich; wer aber traut sich, nach diesem Punkte nur zu fragen oder sich darnach umzusehen? Jedes Restitutionsgesuch erfordert Nova, welche die Hauptsache selbst in facto merklich alteriren, soll aber die Exekution dadurch aufgehalten werden, so muß überdies das angebliche Novum soweit deducirt und bescheiniget sein, daß der Richter solches nicht ohne Grund zu sein leicht erachten kann. K. XVI §. 1 Nr. 2 u. 7. Wer biegt sich noch über diese Brücke hinüber, um in den Abgrund hinabzuschauen?

Man muß also zugeben, daß im bayer. Prozesse ein großer Theil jener reflektiven Pflichten der Richter längst in Vergessenheit und außer Uebung gekommen ist. Die Abneigung der Praxis gegen das summarische und vorläufige Urtheil als ein nicht gründliches, vor Allem die große Scheue wider die subjectiven, aus innerer Anschauung geschöpften Schlüsse hat dieselben verdrängt und ihrer Auffrischung allen Anklang benommen[13a]).

Die franz. Gerichte wußten sich umgekehrt nicht blos in dem Besitze einer lebendigen Beurtheilung und natürlichen Einsicht in das innere Getriebe einer Prozeßführung zu erhalten, sondern auch

13a) Ein oberstricht. Erkenntniß v. 8. März 1853, wodurch ein weitläufiges Restitutionsgesuch als unhaltbar zurückgewiesen wurde, bemerkte hiezu in den Gründen: „Durch diese vereinigten Bestimmungen der GO. finden sich die Gerichte mit einer billigmäßigen Amtsgewalt betraut, den grundhaltigen Anlaß vorgebrachter Restitutionsgesuche, das Gewicht ihres Einflusses auf die Hauptsache, ihren annehmbaren Erfolg und gewissermaßen ihre Moralität gleich von vorne herein einer Prüfung zu unterwerfen, und der Natur eines außerordentlichen Rechtsmittels entsprechend die Zulassung weiterer Erhebungen da zu versagen, wo die Nutzlosigkeit oder ein von unlauteren Absichten eingegebener Vorwand zu aufhaltsamen Weiterungen gleich auf den ersten Anblick aus den Umständen hervorleuchtet." (RNr. 1666, 46/47.)

dieselben bis auf einen Punkt auszudehnen, der alle Vorstellung eines deutschen Rechtsmannes von der richterlichen Amtsgewalt weit überschreitet. Ein Anhaltspunkt hiefür findet sich schon in einem uralten Gesetze, obwohl die Sache selbst ihre wahre Entwicklung nur dem Gerichtsgebrauche verdankt. Eine Ordonnanz des Königs Philipp von Valois aus dem J. 1344, worauf sich die Einrichtung der Requetenkammer beim Cassationshofe stützt, hatte nämlich schon verordnet, es solle für jeden einkommenden Recurs an den geheimen Rath eine vorläufige Probe durch einen Ausschuß der k. Beamten eintreten, ut ipsae gentes nostrae (unsere Leute, les gens du Roi, wie man später die Staatsanwälte nannte) deliberare habeant et possint, si, *ut a prima facie apparere potest*, gratiam proponendi errores concedere debeamus, — d. h. ob der König das Gesuch in seinem geheimen Rathe nur zum Vortrage kommen lassen solle. (Tarbé, Cour de Cass. p. 11 [13b]). Soll aber ein analoges Institut des deutschen Prozesses für jene Vorfrage und summarische Prüfung auf den ersten Anblick, dann die Verwerfung der Behelfe, welche diese Probe nicht bestehen, hervorgesucht werden, so findet sich dasselbe entfernt, obwohl sehr unzureichend in dem Calumnieneide vor. Nach C. 1 u. 2 de jur. propt. cal. (2, 59) mußte diesen Eid sowohl der Kläger als der Beklagte am Anfange eines jeden Prozesses schwören. Der Kläger sollte schwören, non calumniandi animo litem se movisse, sed existimans bonam causam habere, der Beklagte dagegen, quod putans se bona instantia uti ad reluctandum pervenerit. Nach §§. 6 u. 7 der letzteren Stelle tritt die Folge ein, wenn der Kläger den Eid verweigert: non liceat ei penitus ad litem pervenire, sed cadat ab instituta actione quasi improbus litigator, et *tristitia judicum* ... a judicio eum quam longissime expellat. Ist es aber der Beklagte, welcher den Eid nicht schwöret, so verwirkt er umgekehrt die Folge: in his capitulis, quae narratione comprehensa sunt, pro confesso habeatur, *et liceat judici sententiam proferre*, *quemadmodum ei ipsa rei qualitas suggesserit*. Hiemit in völliger Uebereinstimmung mußte auch nach der bayer. GO. K. XIII. §. 6 jede Partei auf Verlangen des Gegentheiles über jede Prozeßhandlung bei Verlust derselben vorerst schwören, „daß sie sich dieser Schrift, Einrede oder sonstigen Handlung nicht aus Bosheit zur Verzögerung der Sache, sondern aus gutem, gerechten und wahren Grunde, und weil sie solche ihrer Sache dien-

13b) Daß auch im engl. Rechte ein Beweis a prima facie bekannt ist, wird Note 13a zu Abschnitt V. ersehen lassen.

lich zu sein vermeine, gebraucht habe." Nach §. 1 Nr. 2 ebendas. mag der Eid auch durch einen Anwalt in die Seele seines Principalen geschworen werden, jedoch dergestalt, daß der Anwalt zugleich in seine eigene Seele schwöre. Die Nutzlosigkeit des Calumnieneides hat sich längst in der Praxis bewährt, weshalb derselbe auch in Bayern seit dem J. 1819 mit Recht abgeschafft wurde. Im franz. Rechte, wo der Calumnieneid sich nie festgesetzt hatte, ist derselbe der Sache nach in dem Gewissen der Richter zur Objektivirung gebracht; deren innere Anschauung und die daraus hervortretende Evidenz setzt sie in den Stand, sich selbst als Eideshelfer an die Stelle der Betheiligten zu versetzen, je nach Lage der Sache den Calumnieneid in deren Seele zu verweigern oder zu schwören, der alsdann schon in ihrem Diensteide völlig aufgeht. Wenn nach bekannten Grundsätzen bei Willensakten, Testamenten wie Verträgen, alles Streben der Richter dahin gehen soll, die Intention und Absicht der Theile durch vernünftige und wahrscheinliche Muthmaßungen zu entdecken — bayer. LR. III, 2 §. 12 Nr. 4 und IV, 1 §. 18 —; warum sollten das wahre Interesse an Vornahme von Prozeßhandlungen oder die geheimen Beweggründe, die dabei im Spiele sind, nicht einer gleichen Sondirung fähig und unterworfen sein? Der Beruf hiezu ist bei weitem nicht so schwierig und gefährlich, als vielleicht ein ängstliches Gewissen fürchten mag, er ist nach deutschen Begriffen nur nicht juristisch. Man frage alle unsere Richter aus allen drei Instanzen, ob ihnen nicht in den meisten Fällen gleich auf den ersten Anblick einleuchtet, wie viel von den Anträgen ihrer Parteien ernstbemessen und der Sache förderlich, oder was umgekehrt frivol und böswillig, oder ein bloser Auswuchs der Streitsucht und schleichender Sophismen, das luftige Erzeugniß einer gemeinen Chikane sei. Dem Rechtsgefühle wird es immer ein Leichtes sein, das Geheimniß der Impulse zu ergründen, die Hilfsmittel eines unredlichen Kampfes auf der Stelle zu erkennen, und ebenso schnell in Nichts zu verblasen, wenn nur das Gesetz die Macht dazu verleiht, und die Gewohnheit sie in beständiger Uebung erhält.

6) Fruchtbar und weit verzweigt sind die Folgerungen, welche sich an eine so unabhängige Stellung des richterlichen Amtes und Ansehens anknüpfen lassen und die man auch daraus herzuleiten pflegt; heilsam ist der Ausfall an nutzlosem Gezänke und widerlichen Verwicklungen, die hiedurch vermieden werden. Diese Prüfung der Wahrscheinlichkeit und Erheblichkeit vorgeschobener Hilfs-

mittel ist an keine Zeit oder Stelle im Prozesse, an keine Form in der Ausübung gebunden, durch kein Versäumniß einer Widerrede aufgehalten; wo nur immer die Richter sich im Angesichte eines Begehrens finden, sind sie ermächtiget, in Kraft ihrer billigmäßigen Amtsgewalt die Frage seiner Zulässigkeit aufzuwerfen und demselben, wenn es diese Probe nicht besteht, jeden Fortgang zu versagen. Dieselben sind im Besitze der Freiheit, gleich von vorne herein oder nach jeder genommenen Einsicht der Sache die Moralität der Hilfsmittel, die Haltung der Beweggründe, die Lauterkeit der Absichten oder das prätextuelle Element in dem Vorgehen genau zu sondiren, die Ernstlichkeit oder das leichtfertige Wesen von allen Aufstellungen zu prüfen, ihre innere Wahrscheinlichkeit auszuwittern, dem guten Glauben an ihren Erfolg auf den Zahn zu fühlen oder die Nutzlosigkeit des Vorschubes vorherzusehen, ein Gewebe von Ränken zu erkennen und den bösen Willen, der dahinter lauert, zu entlarven, aus der Luft gegriffene Behauptungen, wie man sie gerade brauchen kann, der Verflüchtigung zu überliefern, schlimme Künste oder hohles Blendwerk zu vereiteln, und in freier Erhebung eines geläuterten Bewußtseins ihr Urtheil über das rechtliche Gewicht oder den Ausschluß aller Anträge zu bilden. Wie weit diese vorläufige Beurtheilung der Erheblichkeit aller Behelfe über den deutschen Gesichtskreis hinausreiche, mögen noch folgende Bemerkungen ersehen lassen.

a) Die franz. Richter tragen kein Bedenken, jeden Behelf, sei er Vorbringen oder Widerspruch, Antrag oder Ablehnung, Begehren oder Weigerung unbeachtet bei Seite zu setzen, entweder als unerheblich, wenn er ohne Einfluß auf das sich vorgesteckte Ziel, oder als zu allgemein und unbestimmt, wenn derselbe oberflächlich hingeworfen, in den Thatsachen nicht genugsam entwickelt, dunkel oder zweideutig ist, oder an sich entnehmen läßt, daß er nur vermuthungsweise, auf Gerathewohl oder auf gut Glück vorgeschoben wurde, jedes festen Haltpunktes entbehrt und nur willkührlich eingefügt ist, um dem Ganzen mehr Zusammenhalt zu geben, oder auch als leichtfertig, wenn aus Allem hervorgeht, daß der Vorschützende kein wirkliches und redliches Interesse an seinem Durchgreifen haben könne, daß er nur als Vorwand zum Verschleife der Sache bestimmt sei [14]).

---

14) Die Anmerk. zum bayer. LR. II, 4 §. 11 litt. d sagen, damit eine Protestation die Verjährung unterbreche, dürfe sie nicht aus dem leeren Aermel gezogen, sondern sie müsse mit so wahrscheinlichen Gründen unterstützt sein, daß letztere den Gegentheil in malam fidem hätten versetzen können.

b) Ein Thatumstand, dessen Wahrheit augenfällig ist oder von dem sich annehmen läßt, daß die Gegenpartei ihn nicht mit gutem Glauben abzuläugnen vermöge, wird unbedenklich für gewiß und feststehend angenommen, und der versuchte Widerspruch als nicht ernst gemeint unbeachtet gelassen[15]).

c) Da die Verbindung des Urkundenbeweises mit jeder Anführung eine gesetzliche und ganz unbezweifelte Regel bildet, die unterstützenden Behelfe jedem Vorbringen immer beigefügt, überdies andere Beweise, als durch Urkunden, nur in bestimmt begränzten Fällen zulässig sind, so bildet die Vergleichung mit den Urkunden und anderen Beweisen, worauf sich ein Anspruch zu stützen vermag, gleich an der Schwelle einen ganz natürlichen und sehr verläßigen Probestein für seine Haltbarkeit. Ein Verlangen wird sogleich zurückgewiesen, wenn es nicht von Beweisen und Urkunden unterbaut ist, welche eine tüchtige Grundlage für seine Durchführbarkeit bilden oder erkennen lassen. Diese Regel ist sehr ergiebig für Zurückweisungen; ihr Entscheidungsgrund lautet gewöhnlich so: Attendu que le defendeur allégue bien, mais ne justifie pas...

d) Ein jeder Behelf bildet zugleich einen Probierstein für die Lauterkeit eines jeden anderen, der neben ihm steht; die Vereinbarlichkeit oder den inneren Widerspruch unter mehreren verbundenen Vertheidigungsmitteln zu würdigen, ist blos dem vernünftigen Ermessen der Gerichte überlassen. Diese letzteren ziehen natürlich immer dasjenige vor, das ihnen das haltbare und am besten begründete scheint, und setzen das andere ihm widerstreitende bei Seite. Die Eventualmaxime übt allerdings im französischen Prozesse, wie im deutschen eine weitgreifende Herrschaft aus, sie wird aber nicht bis zu der unsinnigen Verkehrtheit getrieben, die ihr die deutschen Gerichte gewöhnlich beilegen. An den Grundsatz: qui excipit, nondum fatetur, denkt Niemand in der franz. Gerichtspraxis; jede Bezugnahme auf denselben müßte nur lächerlich werden. Jede Vertheidigung muß sich auf dem Grunde des guten Glaubens halten; jede Einrede, welche mittelbar den Grund der Klage zugibt, zieht dem vorangeschickten Widerspruche die wohlverdiente Vernichtung aus dem schon erwähnten Entscheidungsgrunde zu, daß derselbe nicht ernst gemeint sei. So oft aus der Entwicklung einer

Etwas Aehnliches kann man von jedem Behelfe fordern, der auf eine ernsthafte Würdigung Anspruch machen will.

15) Vergl. Anh. I. Nr. 5—40. Der folgende Abschnitt wird übrigens auf diesen Entscheidungsgrund zurückkommen.

Einrede oder wo immer sonst das stillschweigende Anerkenntniß eines Umstandes hervorleuchtet, wird dasselbe der vorhergehenden Abläugnung vorgezogen und überhaupt unter mehreren verbundenen Behelfen die Reihenfolge der Würdigung immer nach der natürlichen Lage und dem inneren Bedarfe der Sache selbst geordnet. Eine protestatio facto contraria vermag nie einer Anführung jene einseitige Richtung anzuweisen, aus welcher die Partei nur für sich Vortheile zu ziehen hofft.

e) Alles, was auf die hinterlistige Umgehung eines Gesetzes oder einer Verordnung, eines Urtheiles oder anderen gerichtlichen Erlasses hinausläuft, wird überall von den Gerichten scharf überwacht; wo immer aus den Umständen die verkappte Betretung eines Schleichweges neben dem geraden und redlichen Gange der Verhandlung hervorleuchtet, da wird derselbe schnell abgesperrt und mit der nachtheiligsten Folge beahndet. In fr. 79 de R. J. wird die treffende Bemerkung gemacht: *fraudis interpretatio* non ex eventu duntaxat, sed *ex consilio quoque* desideratur; wie will man aber ein consilium anders ergründen, als aus den klaren Umständen des Falles, ex indiciis luce clarioribus? Vgl. Anh. I. Nr. 311 bis 321 b.

f) Beweis- oder Gegenbeweismittel, gleichwie die Erhebung von beiden werden von den Gerichten immer als nutzlos bei Seite gesetzt und keiner Beachtung für werth gehalten, nicht blos, wenn sie für die Sache unerheblich sind, und insbesondere, wenn die Sache schon an sich von allen Seiten hinlänglich beleuchtet ist, sondern, was weit mehr überraschen muß, auch in dem Falle, wenn ihre Erfolglosigkeit gleich von vorne herein klar ist, oder wenn umgekehrt das Widerspiel davon schon mit einer solchen Evidenz vor Augen liegt, daß sich die Vergeblichkeit weiterer Forschungen über ein völlig aufgeklärtes Geheimniß auf den ersten Anblick mit Sicherheit aufdringt. Dieses Recht der Prognose ist eine heilsame Zugabe zur Ausrüstung der richterlichen Amtsgewalt; vor ihm allein würden zwei Drittheile der deutschen Beweisverfahren, ohne daß ihnen nur verstattet würde, einen Lebenshauch von sich zu geben, verschwinden. Die Annehmbarkeit einer jeden Anführung, sowie die Ergründlichkeit derselben, welche doch so leicht aus der Art ihres Vorschubes und den Hilfsmitteln ihrer Entwicklung zu beurtheilen sind, bilden immer eine freie Präjudicialfrage für ihre Zulassung zum Beweise. Deshalb werden angebotene Beweise und vor allem aufgestellte Beweisartikel, die vor jeder Zulassung sich zeigen müssen, unbedenklich

als unzulässig zurückgewiesen, nicht blos aus dem Grunde, weil sie nicht concludent oder zur Sache gehörig, sondern ganz besonders auch darum, weil sie nicht wahrscheinlich genug seien. Vgl. Anh. I. Nr. 81—84, 193. Die Doktrin hegt keinen Zweifel mehr hierüber. Bonnier, der Hauptschriftsteller über das Beweisverfahren, führt in seinem traité des preuves Nr. 25 schon unter den allgemeinen Grundsätzen an: „Damit der Richter den Beweis eines Thatumstandes verordne, genügt es nicht, daß derselbe strenge genommen möglich sei, er muß vielmehr auch wahrscheinlich sein.“ Und ebenso weiter unten Nr. 106 vom Zeugenbeweise: „Die Gerichte haben bezüglich der Zulassung des Zeugenbeweises eine billigmäßige Amtsgewalt, selbst in Fällen, wo derselbe von den Gesetzen nicht ausgeschlossen ist,“ — das heißt nichts anderes als so viel: sie können denselben nach freiem Ermessen zulassen oder verweigern, je nachdem sie davon einen Zuwachs für ihre Aufklärung vorhersehen, keiner Partei steht aber ein gesetzliches Recht zu, damit gehört zu werden. In derselben billigmäßigen Amtsgewalt ist sogar noch weiter begriffen, jede öffentliche oder Privaturkunde, welche abgeläugnet oder sonst beanständet oder für falsch erklärt wird, durch ihre blose Einsicht zu prüfen und ihren Werth zu bestimmen, sie entweder ohne Schwierigkeit als ächt und unverdächtig zuzulassen, wenn ihr Anblick diesen günstigen Eindruck hervorbringt, oder auch im umgekehrten Falle als augenscheinlich gefälscht und nicht beweisfähig zu verwerfen, für die erstere den Fälschungs-, für die letztere den Aechtheitsbeweis als überflüssig und zu nichts mehr dienlich von ihrer Schwelle zurückzuweisen. Ganz dasselbe geschieht auch in den Fällen, wo ein bereits in der Vergangenheit untergegangener und nicht mehr ergründlicher Umstand in Frage steht, für den die Zulassung zum Beweise nur eine offenbar verlorne Zeit und Mühe wäre. Jeder Anspruch muß vielmehr, um verfolgbar zu sein, und eine praktische Bedeutung in sich zu tragen, auch die nöthigen Beweise an seiner Seite finden, die im Stande sind, ihn zur äußeren Geltung emporzuheben; fehlt es ihm ganz ersichtlich an dieser Grundbedingniß seiner Lebenskraft, so kann sich auch Niemand durch seinen Ausschluß mit Grund beschwert finden [16]).

---

16) Mit den Worten der bayer. GO. K. XVI. §. 1 Nr. 7 zu sprechen, muß jeder Umstand, ehe er zum Beweise zugelassen wird, soweit deducirt sein, „daß der Richter solchen nicht ohne Grund zu sein, leicht erachten kann.“ Die Anleitung hiezu gab Kaiser Justinian in C. 14 §. 1 de compens. (4, 31)... Si

g) Was von den vorgeschobenen, das muß nur desto mehr noch von jenen Behelfen gelten, welche später erst zur Aushilfe nachgeschoben werden. Wird eine Bitte um weitere Rechtshilfe, um die Eröffnung eines neuen Gehörs, um die Zulassung einer versäumten Handlung oder die Bewilligung eines weiteren Aufschubes für eine solche aufgestellt, wird die Verlängerung von Fristen oder die Vertagung von Verhandlungen nachgesucht, so beschränkt sich die Prüfung nicht auf das vorgeschützte Hinderniß, sondern sie umfaßt auch die wahre Intention und das reelle Interesse des Bittstellers an der Gewährung seiner Bitte, sie wirft zugleich einen strengen Blick darauf, ob derselbe wirklich einer Nachholung bedürfe und das unterlaufene Versäumniß nicht seiner eigenen Nachläßigkeit zuzuschreiben habe, ob seinem Angriffs- oder Vertheidigungssysteme noch erhebliche Punkte zu Gebote stehen, und von welchem annehmbaren Gewichte sie sind, ob dieselben nach ihrem äußeren Hervortreten sich als grundhaltig taxiren lassen, ob von ihnen noch irgend ein Erfolg oder Einfluß auf die Hauptsache zu erwarten sei, um blose Ausflüchte oder Erfindungen als die durchsichtigen Gebilde einer kühnen Phantasie, welche der Sache keinen Nutzen bringen, den Ausgang nur vertheuern und auf einige Jahre hinausschieben, auf der Stelle in ihr verdientes Nichts versinken zu lassen. Wo sich immer ein solcher Zwischenfall hervorthut, haben die Richter die volle Freiheit, de surseoir ou de passer outre, sans s'arrêter aux conclusions respectives. Art. 477, 491 C. Pr.

h) Eine der wichtigsten Folgen des erweiterten Gesichtskreises, den die Entwicklung des franz. Prozesses den Gerichten über das ganze Gebiet des Sachverhaltes eröffnet, besteht noch darin, daß dieselben, anstatt sich ängstlich an den Buchstaben der Vorträge ihrer Parteien anzukleben, was ohnedies bei der Verflüchtigung des frei gesprochenen Wortes gar nicht möglich wäre, ihre Auffassung über die einseitigen und entstellenden Darlegungen der Betheiligten erheben, dasjenige hievon, was augenscheinlich, beinahe handgreiflich vorliegt, sofort als gewiß annehmen, nicht sowohl darauf sehen, was eine Partei wirklich vorbrachte, als vielmehr, was sie sagen wollte, und mit gutem Grunde allein sagen konnte, daß sie alle einzelnen Theile eines Vortrages zu einem harmonischen Ganzen verschmelzen, und jeden incohärenten Bestandtheil daraus als wirkungslos ausscheiden, die Färbung der Gegenpartei zur Probe da-

causa... possit judici facilem exitum sui praestare,.... nec *molli animo* eam suscipiat.

neben halten, im billigen Zweifel aber, im Sinne der Vorschrift der bayer. GO. von den widerstreitenden Gutachten der Sachverständigen, immer derjenigen Version den Vorzug der Glaubwürdigkeit geben, welche ihnen mit den besten Gründen am offensten, grundhaltig, und eben darum auch auf die begreiflichste Weise dargelegt ist. Jede künstliche Verkleidung eines verworrnen Herganges der Sache mit schönen und einnehmenden Worten ist vergeblich, jeder Aufputz der Darstellung mit einem glänzenden Firnisse von Schwung und Beredsamkeit muß rettungslos vor dem Einblicke verhallen, den die Urkunden und Umstände des Falles in seine wahre Lage verstatten.

i) Eine besondere Bedeutsamkeit gewinnt noch unter demselben Gesichtspunkte die *Exceptio litis finitae* mit Einschluß der Schutzrede der rechtskräftig entschiedenen Sache und des stillschweigenden Verzichtes. Hier hat sich die Herrschaft der vollendeten Thatsachen eine glückliche Bahn in den Civilprozeß gebrochen, welche von dem günstigsten Erfolge begleitet wird; was völlig abgemacht und in den Augen von Jedermann beendiget ist, dabei soll und muß es auch für alle Zukunft bleiben. Da die Eventualmaxime in jenem Prozesse ebenso einheimisch ist, wie im deutschen, da mehrere Klagegründe oder Einreden nebst allen übrigen Behelfen, insoweit sie nur unter sich vereinbar sind, auch miteinander verbunden werden müssen, so besteht eine ganz natürliche Folge hievon darin, daß der Ausschluß auch alle Hilfsmittel der Prozeßführung als verabsäumt zu treffen hat, welche auf das verfolgte, oder ein mit ihm ganz gleiches Ziel hinauslaufen, sobald nur aus ihrem verspäteten oder abgesondert hintereinander hergehenden Vorschube da, wo ihre Verbindung doch natürlich und durch Nichts verhindert gewesen, sich ein stillschweigender Verzicht oder die selbstbewußte Hinfälligkeit der neuen Aufstellung, die eigene Verzweiflung an ihrem praktischen Erfolge mit gutem Grunde abnehmen läßt. Offenbar beruht ja das ganze Prinzip des stillschweigenden Verzichtes nur darin, daß derjenige, der sich durch eine Ladung, gerichtliche Verhandlung oder eine sonstige Anregung seiner Interessen in der natürlichen Lage befand, dieselben kräftig geltend zu machen, dieses aber gleichwohl unterließ, in einem solchen Grade abweichend von allen Eingebungen der menschlichen Natur und Vorsicht handelte, daß er eben hiemit die befestigte An- oder Absicht kund gibt, entweder sich eines haltbaren Anspruches oder eines Hilfsmittels, um denselben durchzusetzen, nicht bewußt zu sein, daran selbst gar nicht zu glauben, oder doch, wenn er je als wirklich oder zweifelhaft bestanden hätte, ihn für immer

wieder aufzugeben und sich mit seiner Versagung zufrieden zu stellen[17].) Handelt es sich um die Erfüllung von Verträgen oder anderen Willensakten, die vielleicht einer mehrfachen Deutung fähig sind, so trifft eben hiemit noch unausgeschieden und oft auf das Innigste verflochten ein Anerkenntniß durch die That selbst zusammen, mit Allem, was man billiger Weise verlangen konnte, zufrieden gestellt zu sein, und jenen Titel zur Berechtigung gleich anfangs gar nicht anders verstanden zu haben, als in demjenigen Sinne, in welchem er wirklich erfüllt ist, und ihm Genüge geleistet wurde. Mehrere dieser Rücksichten können sich miteinander vereinigen, und in einander übergehen, in manchen Fällen selbst alle in einem gemischten Zustande des Rechtsbewußtseins zusammen geflossen sein. (Anh. I. Nr. 150, 198—200, 324.)

Diese und ähnliche Freiheiten der Urtheilsschöpfung, welche sich die französischen Richter mit so viel Zuversicht herausnehmen, mögen wohl dem deutschen Rechtsgelehrten absonderlich, ausschweifend und selbst gefährlich vorkommen, sie sind aber in der That nichts, als die nothwendige Zugabe zu einer wahren Gerichtsbarkeit, die heilsamen Hilfsmittel einer scharfen Beurtheilung, die glücklichen Consequenzen der fr. 1 u. 2 de jurisd. (2, 1): Jus dicentis officium latissimum est. — Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur, *sine quibus jurisdictio explicari non potest.* Auch liegen jene vermeintlichen Extravaganzen den deutschen Richtern nicht so ferne, wie viele derselben vielleicht glauben mögen; man sucht nur dasselbe Ziel auf einem Neben- oder man könnte fast sagen Schleichwege zu erreichen. Ist eine Sache so gelagert, daß man ihr auf den ersten Blick ansieht, „daß am Ende Nichts dabei herauskömmt,“ so wird der Bogen der formalen Anforderungen auf das Höchste gespannt, Nichts daran gut gefunden, Alles scharf kritisirt, auf einem wunden Flecke eine Lücke wahrgenommen, und dann die Klage, das Restitutionsgesuch, oder was es sonst ist, so lange angebrachtermaßen abgewiesen, bis der Kläger ermüdet ist, und aus Ueberdruß oder Mangel an nachhaltigen Kräften trostlos geworden die Segel streicht. Was ist aber in solchen Fällen der wahre Grund, der

17) Das Cap. 3 de rescript. in 6to (1, 3) will, daß mehrere persönliche Klagen wider eine Person immer miteinander verbunden werden, ad eosdem (judices) super omnibus hujusmodi quaestionibus litteras studeat impetrare. Warum sollte dieselbe Vorschrift nicht auch alle Behelfe umfassen, welche auf das nämliche Ziel hinauslaufen? Qui vero contrarium fecerit, omni commodo careat litterarum.

verborgen dahinter lauert? Offenbar kein anderer, als daß die Klage weder erheblich noch zulässig, vielmehr schon dermalen von allen Urkunden und Umständen des Falles in dem Maaße widerlegt ist, daß man sich nicht dabei aufzuhalten braucht.

7) Eine sehr fruchtbare Folge des natürlichen und summarischen Wesens im französischen Prozesse ist ferner die große Vereinfachung in der Erhebung der Beweise und der rasche Gang ihrer Durchführung bis zum Beschlusse; finden sich auch zum Theile noch entbehrliche Förmlichkeiten dabei vorgezeichnet, so verursacht ihre Beobachtung nie jenen Aufenthalt, den wir im deutschen Prozesse als einen ganz gewöhnlichen und unvermeidlichen mit Gleichmuth hinzunehmen pflegen; das Versäumniß wird überdies in vielen Fällen wieder ganz unschädlich. Wird ein Zeugenverhör zugelassen, was die gewöhnlichste Art des Beweisinterlokutes und des Beweisverfahrens bildet, so muß dasselbe vom Beginne an bei Vermeidung der Nichtigkeit binnen acht Tagen vollendet sein, wenn nicht wegen besonderer Schwierigkeiten, die vorherzusehen sind, das Urtheil selbst eine längere Frist zugelassen hat. Art. 278 C. Pr. Bleibt dabei eine beigeladene Partei aus, so ist natürlich von einer Vertagung gar keine Rede. Hat ein Friedensgericht, dessen summarisches Verfahren unserem mündlichen Verhöre am nächsten kömmt, ein Interlokut erlassen, so muß sein Gegenstand binnen vier Monaten vollständig erschöpft und das Endurtheil erlassen sein, indem dasselbe außerdem von Rechtswegen der Nichtigkeit verfiele. Art. 15 C. Pr. Wer weiß nicht aus der deutschen Praxis, daß hier ein Beweisverfahren in der Regel zwei bis vier, nicht selten sechs bis acht Jahre und noch länger dauert, wenn man die vielen Restitutionsgesuche mit einrechnet? Das ganze Zeugenverhör ist jenseits in ein oder zwei Tagen vollendet, sowie vor unseren Schwurgerichten fünfzig Zeugen leicht in zwei oder drei Tagen vernommen werden; das Produktionsverfahren der Urkunden kömmt gar nicht vor, weil keine Partei und kein Anwalt ganz unnöthige Schwierigkeiten machen, eine Urkunde auf die erste Mittheilung ihrer Abschrift anzuerkennen, an deren Aechtheit nicht der geringste Zweifel besteht. Die Sachverständigen dürfen zwar auch von den Parteien bestimmt werden, allein nur durch freie Uebereinkunft; für den Fall, daß sich dieselben hierüber binnen drei Tagen nicht vereinigen, ernennt das Urtheil, welches eine kunstmäßige Erforschung, Expertise genannt, zuläßt, zugleich aushilfsweise diejenigen, denen alsdann das Gericht die Sache anvertraut. Die endlosen Fristverlängerungen der deut-

schen Beweisverfahren fallen gänzlich aus, weil jedes Gericht, sobald nur der gesetzliche Termin offen war, dieselben nach eigenem Gutbefinden bewilligen oder versagen darf, und hierüber nie eine Beschwerde an den Oberrichter stattfindet. Hiedurch sind alle gesetzlichen Fristen, was Jedermann im Voraus weiß, in der Regel zu unerstrecklichen erhoben. Nachträge von Beweisvorschlägen kommen nicht vor; werden sie ausnahmsweise noch zugelassen, so darf der Anwalt nichts dafür aufrechnen, wofür das heilsame Wort ist: ils n'entrent pas en taxe. Art. 81 C. Pr. Ein weiterer Punkt ist aber noch von der entschiedensten Wichtigkeit für die förmliche Behandlung und den Erfolg aller Beweismittel. Für dieselben sind natürlich im franz. Prozesse, wie im deutschen gewisse Erfordernisse und Formen der Erhebung vorgezeichnet. Eine Urkunde, z. B. ein Inventar, muß von einem Notar unter Beiladung aller Erbsinteressenten errichtet, überdies dem Gegentheile zugestellt sein, wenn sie als förmliches Beweismittel gelten soll; verlangt derselbe die Einsicht des Originals, so muß auch diese auf der Gerichtskanzlei oder durch kürzere Mittheilung von Anwalt zu Anwalt verstattet werden; ein Zeuge muß eidlich vernommen und der Gegentheil dazu mit vorgeladen sein, um ihn ausfragen zu können, gleichwie bei Sachverständigen die Wahl ihrer Person den Parteien freigestellt sein muß. Ein nach all' diesen und anderen gesetzlichen Vorschriften strenge erhobener Beweis heißt nun in der franz. Gerichtssprache eine juristische oder materielle Probe; ihr gegenüber steht jedoch mit gleichem Ansehen die moralische Probe, als der natürliche und freie Eindruck, den ein Beweisgrund oder sonstiger Umstand auf die Ueberzeugung eines Jeden hervorbringt. In diese letztere Klasse gehören aber nicht blos alle Nebenumstände und Vermuthungen, die wir adminicula nennen, sondern auch alle wahren und materiellen Beweismittel, wenn sie nicht förmlich genug beschaffen oder erhoben sind, treten von selbst wieder in diese Stellung der zweiten Ordnung über, und beweisen als Vermuthungsgründe, als durch sich selbst gerechtfertigte und formlose Impulse für die Annahme eines Faktums, insoweit nur die Conjecturalprobe für dasselbe nicht ausgeschlossen ist[18]). Da der Beweis durch Vermuthungen ungebunden ist, so läßt sich denken, welche Hilfsquellen

18) Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 582. „Nicht unterzeichnete Privaturkunden haben nur in einzelnen bestimmt begränzten Fällen eine regelmäßige Beweiskraft, außer dessen sie zu bloßen Anzeigungen herabsinken. Vgl. Anh. I. Nr. 104.

dieses System aus einer solchen Auffassung der untergeordneten und entfernteren Gesichtspunkte zu ziehen vermag. Jener moralischen Probe ist als stellvertretend bei dem Fehlschlagen des juristischen Beweises eine große Tragweite verliehen. Insbesondere werden nach den Regeln vom Urkundenbeweise nur die schlagenden Haupturkunden eines Falles, wie Schuldverschreibungen, Verträge, Quittungen, Testamente oder Inventare behandelt; die ganze Masse von Nebenbehelfen, die oft die besten und unentbehrlichsten Aufschlüsse geben, wie Privatzeugnisse, Briefe und Correspondenzen aller Art, Rechnungen und Rechnungsbelege, Zeitungsblätter und andere Veröffentlichungen, Druckschriften und Illustrationen, Kursblätter der Börsen und Bekanntmachungen der Normalpreise, der Postkurse und Eintrittsbedingnisse in gewisse Vereine oder Anstalten, Anschläge oder Aushängschilde, all' diese Schriften und Beweisstücke werden ohne erforderliche Mittheilung an den Gegner bei der öffentlichen Verhandlung der Sache zum Vorscheine gebracht, verlesen und genau discutirt, verdächtiget oder widerlegt, wobei den Richtern ganz überlassen bleibt, ihre Unverdächtigkeit zu beurtheilen, dieselben in einen billigen Anschlag zu bringen und auf ihren Inhalt jenes Gewicht zu legen, was die übrigen Umstände des Falles, ihr eigener Anblick und Inhalt mit sich bringen; eine Protestation gegen deren Gebrauch zu erheben, weil sie nicht vorher mitgetheilt und dadurch als Beweismittel förmlich eingeleitet seien, läßt sich Niemand beifallen und würde auch nirgends Anklang oder Gehör finden. Der Zeugenbeweis soll zwar mit ziemlicher Feierlichkeit geführt werden und ist auf seinem Fortgange in mancherlei Engpässe eingeschlossen; wird aber derselbe wegen eines hiebei vorgefallenen Fehlers für nichtig erklärt, und er kann zufällig nicht wiederholt werden, weil etwa ein Zeuge mittlerweilen gestorben oder ausgewandert ist, so bleibt den Gerichten unbenommen, auf seine wirkliche Aussage so viel Rücksicht zu nehmen, als sie der Sache für angemessen halten. Art. 292 C. Pr. Alle schon vorhergegangenen Erhebungen in Vor- und Hilfsakten, strafrechtlichen Voruntersuchungen oder Urtheilen, Zeugenverhöre von Polizei- oder anderen Verwaltungsstellen, Gutachten von Sachverständigen, welche darin vernommen sind, werden auf ganz gleichem Fuße behandelt und als gegebene Thatsachen dem nachfolgenden Civilprozesse durch jede Beischaffung gemeinschaftlich. Findet das Gericht in dem Inhalte derselben die ihm nöthige Gewißheit erschöpft, so überhebt es sich der Mühe, dergleichen Beweise erst umständlich formalisiren zu lassen,

und trägt kein Bedenken, sein Urtheil sogleich auf Ueberführungsgründe zu bauen, welche keinen vernünftigen Zweifel an ihrem durchgreifenden Gewichte mehr übrig lassen, — d'y avoir tel égard que de raison, wie der zuletzt angeführte Artikel der Prozeßordnung sagt [19]). Im deutschen Prozesse finden wir gerade das umgekehrte Verhältniß; ein nicht ganz genau nach der Richtschnur erhobener Beweis wird gewöhnlich für Nichts gehalten und muß außer

19) Bonnier a. O. Nr. 810 bemerkt: „Keine gesetzliche Bestimmung beschränkt die Richter in der Auswahl ihrer Mittel der Information, sie können dieselben in einem anderen Civilprozesse schöpfen, warum nicht auch in einer Voruntersuchung, welche auf denselben Gegenstand hingerichtet ist? Carré (Qu. 975, quater) stellte mit Toullier vereiniget im J. 1829 ein umständliches Gutachten dahin aus, daß der Richter seine Ueberzeugung nicht in den Erhebungen einer Voruntersuchung schöpfen dürfe, auf welche hin das Verfahren eingestellt wurde, weil hiedurch alle formalen Vorschriften für den ordentlichen Zeugenbeweis umgangen wären; allein der Cassationshof, bei welchem jenes Gutachten in Vorlage kam, verwarf den Recurs und Chauveau, der Herausgeber von Carré, trat jenen beiden Rechtsgelehrten für die umgekehrte Meinung scharf entgegen, mit der Bemerkung, der Cassationshof habe auch am 27. Jänner 1830 in gleichem Sinne entschieden. „Diese Frage aufwerfen, bemerkt er, heißt ebensoviel, als fragen, ob die Amtsgewalt der Richter einer Einschränkung in der Auswahl der Mittel zur Ueberzeugung unterworfen ist, welche nöthig sind, um einen gewissen Punkt im Sachverhalte zu entscheiden, und ob ihnen untersagt sei, auf diese oder jene materielle oder moralische Probe Rücksicht zu nehmen, welche die Prüfung der Sache ihnen vor die Augen führt. Nirgends findet sich in den Gesetzen ein solches Verbot. Im Gegentheile wurde weiter oben bereits öfter bemerkt, daß der Richter vollkommen frei ist, daß er die Mittel, um sein Gewissen zu erleuchten, nehmen kann, wo er sie immer findet, daß seiner billigmäßigen Amtsgewalt — pouvoir discrétionnaire — in dieser Beziehung keine Gränze gesteckt ist, und daß es vernünftiger Weise auch so sein muß, weil dieser Grundsatz eine Folge von demjenigen ist, welcher so eben entwickelt wurde, daß der Richter ein Zeugenverhör oder jede andere Beweishandlung auch abschlagen darf." — Im weiteren Verlaufe dieser Deduktion wird nun ein positiver Stützpunkt hiefür im Art. 1353 C. N. vom Beweise durch Vermuthungen gefunden. „So gut der Richter eine nicht förmliche oder nicht vollkommen beweiskräftige Urkunde als Vermuthung gelten lassen dürfe, mit gleichem Rechte müsse er hiezu bezüglich einer Zeugenaussage ermächtigt sein, welche nicht in den Formen des Civilprozesses erhoben ist, insoferne sie mit anderen Umständen übereintrifft. Dasselbe gelte ja auch unbestritten von einem Geständnisse, welches ein Beschuldigter in einer Voruntersuchung ablegte." — Erst in der neuesten Zeit hat der Cassationshof entschieden, ein Gericht könne aus den Aktenstücken einer Voruntersuchung die erforderliche Gewißheit schöpfen, um selbst einen Freigesprochenen, namentlich einen Arzt, der zu einer Kindsabtreibung mitwirkte, zum Schadensersatze zu verurtheilen. (G. d. Trib. v. 31. Januar 1859.) Vgl. Anh. I. Nr. 107 und 217.

Betracht bleiben. Dahin gehören insbesondere die schriftlichen Privatzeugnisse von dritten Personen, oder unbeschworne Aussagen von Zeugen, untrügliche Handschriften und notorische Bekanntmachungen in öffentlichen Blättern, die man auf Stempelpapier geheftet in den Akten figuriren sieht; jeder Brief oder jede andere kleine Schrift von zwei Zeilen muß den zackigen Weg des Urkundenbeweises durchlaufen, um sich als achtbar nur irgend eine Rücksicht zu erkämpfen. Wenn aber ein Beweis durch Vermuthungen unbeschränkt zulässig ist, und wenn er auch im deutschen Prozesse eine Sache zum Erfüllungseide bereifen, sogar in mehreren Fällen für sich allein den Ausschlag geben kann, warum sollten in seinem Umkreise nicht auch andere Beweismittel, denen nur eine Förmlichkeit abgeht, ihre Stelle finden und bedeutsam eine Lücke ausfüllen dürfen? Auf die freie Ueberzeugung, die bei allem Conjecturalbeweise nur allein in Frage steht, werden alle jene Nebenbehelfe immer einen gleich nachdrucksamen und oft noch stärkeren Eindruck machen, als ein eidlich verhörter Zeuge, dessen Meineid zuweilen mit vieler Sicherheit aus anderen Umständen zu errathen und leicht zu erklären ist. In eben dieser moralischen Probe, die sich über die strengen Formen hinwegsetzt, und meistens sehr leicht zu erstreben, oder schon sichtbar vorhanden ist, liegt ein vorzügliches Geheimniß der kurzen Führung der Beweise, ihrer schnellen Herstellung oder gänzlichen Entbehrlichkeit; ihren Unterbau findet dieselbe immer in dem einleuchtenden Grundsatze, daß jeder Richter zu allen Zeiten selbst Herr sein müsse, zu beurtheilen, was und wie viel zu seiner gründlichen Aufklärung noch gehöre oder umgekehrt nutzlos und vergeblich sei.

8) Noch eine beachtenswerthe Folge der Natürlichkeit ist die freie Kritik, welche die meisten Beweismittel, auch die materiellen und juristischen mit einbegriffen, wie Zeugen und Sachverständige sind, bei ihrem Eintritte in den Gesichtskreis der Richter sogleich empfängt und im Punkte ihres inneren Gehaltes und ihrer Glaubwürdigkeit einer strengen Sichtung unterwirft. Ein rationeller Kriticismus findet sich im gerichtlichen Verfahren der linken Uferseite des Rheines noch jene natürliche Herrschaft erhalten, welche demselben schon längst deutsche Denker auf dem Gebiete der Philosophie für immer errungen haben. Wie viel einem Zeugen zu glauben, und ob ein Kunstverständiger seine Meinung über eine Sache auch gründlich abgegeben, wie sollte sich beides nach festen Regeln zum Voraus bestimmen lassen, ohne einen eindringlichen Blick auf die Personen selbst und ihre Verhältnisse, ihren guten Willen und

ihr Geschick zu werfen? Darüber müssen gleich von vorne herein alle Stimmen einig sein, der ehrenhafte Mann von offenem Charakter verdient gewiß auf sein ehrliches Wort und gerades Gesicht zehnmal mehr Glauben und wird ihn sonst überall auch finden, als drei oder noch mehr geschworne Zeugen, deren Rückhalt und verdächtige Stellung bei der Sache aus ihrer Aussage, ihrem ganzen Benehmen und anderen Umständen auf den ersten Anblick durchschimmern. Auch unsere Geschwornen lassen in so manchen Fällen, wie man leicht bemerken kann, ihr Urtheil von einer oder zwei tüchtigen Auskunftspersonen weit sicherer und mit besserem Rechte leiten, als von einer ganzen Gruppe Zeugen, welche die Sache des Angeschuldigten mit Wärme umfaßt und halb zu der ihrigen gemacht haben. Selbst die bayer. GO. ertheilt in K. XI. §. 9 die weise Vorschrift, ein mit sichtlichen Mängeln behaftetes Dokument beweise zwar wenig oder gar nichts, doch solle der Richter hiebei alle Umstände, und insbesondere, ob der Mangel blose Nebendinge betreffe, oder etwa zufällig und durch Alter entstanden sei, genau würdigen. Hier finden wir uns also auf das Gebiet des billigen Ermessens hinausgestellt, warum sollte diese Anleitung nicht gleich gut auf die Frage der verläugneten Aechtheit selbst, warum nicht auf alle übrigen Beweismittel ihre Anwendung finden, wenn sie doch für das erste und verläßigste von allen, für den Beweis durch schriftliche Urkunden gegeben ist[20])?

9) Einen sehr wichtigen Vorschub für die Erzielung der Evidenz und eine genaue Feststellung des Sachverhaltes leistet auch die Vereinigung aller Erkenntnißgründe und dargebotenen Behelfe aus verschiedenen Klassen und von entgegengesetzten Seiten her zu einem versammten Eindrucke, zu einer gleichzeitigen Darlegung und sich nivellirenden Würdigung, ihre Zusammenstellung auf einem Plane, ihre Verschmelzung in ein harmonisches Bild, in welchem

---

20) Best's engl. Beweisrecht bemerkt in dem hier angeregten Belange §. 69: „Die Zulässigkeit der Beweismittel ist eine Rechtsfrage, aber das Gewicht und der Werth derselben gehören zu den Thatsachen." — §. 70. „Von dem ersten dieser Grundsätze ist nur wenig zu sagen; es leuchtet ein, wie thöricht es sein würde, den Versuch zu machen, gesetzliche Regeln über die Abschätzung der Glaubwürdigkeit von Zeugen oder der Wahrscheinlichkeit von Umständen niederzulegen, welche in den endlosen Verschlingungen der Natur und des Menschenlebens vorkommen können. Zu entscheiden, in wie weit man sich auf Zeugenaussagen verlassen kann, und welche Schlüsse aus erwiesenen Thatsachen gerechtfertiget sind, muß deshalb meistens dem Scharfsinne der Gerichtshöfe überlassen werden."

sich Licht und Schatten vertheilen, Vorder- und Hintergrund, Haupt- und Nebenpartien anordnen, Farbe und Firniß ganz nach Werth und Verdienst, vor Allem nach den Verhältnissen eines jeden Falles auftragen lassen, so daß auch von den kleinen und kleinsten Umständen keiner verloren geht, von welchem nur immer ein Anstoß oder Zufluß für die richtige Beurtheilung eines Faktums zu erwarten ist. Mit kräftigem Arme und sicherem Blicke hebt der Richter die Waage der Themis in die Höhe, von der Voltaire (in seiner Denkschrift über den Prozeß des Grafen Morangies) die Bemerkung machte, sie scheine nur dazu erfunden zu sein, um die Wahrscheinlichkeiten richtig abzuwägen [21]). Das erste und beste Mittel, um diesen Zweck zu erreichen, besteht aber ganz entschieden in der Beseitigung des Beweisinterlokutes im deutschen Sinne, womit verkehrter Weise die Rechtsfragen von vorne herein unwiderruflich entschieden werden, ehe noch der Thatbestand des Streites ergründet ist. Wird auch in seltenen Fällen zur besseren Aufklärung des richterlichen Gewissens ein förmlicher Beweis zugelassen, und dadurch die vorhergegangene mündliche Verhandlung zufällig unterbrochen gleichwie selbst für die Rechtsfrage nutzlos, so bleiben immer für die Wiederaufnahme der mit den neuen Beweisen vermehrten und besser ausgerüsteten Sache alle alten Behelfe und Argumente, Urkunden und Schlüsse, Haupt- wie Nebenumstände vorbehalten; der ganze Verlust für den Fortgang der Sache besteht dann blos darin, daß der Redewechsel der Anwälte nunmehr von vorne beginnend das Ganze zu umfassen hat. Beweis und Gegenbeweis werden hiebei immer zu einem solidarischen Ganzen verschmolzen, ehe zur Würdigung ihrer vereinigten Ergebnisse übergegangen wird [22]). Die C. 2 §. 8 de jurejur. propt. cal. (2, 59) bemerkt schon in dieser Richtung: Ipsi judices *tam totius causae faciant examinationem,* quam suum proferant arbitrium; der deutsche Prozeß hat

---

21) Best's angeführtes Werk bemerkt in Bezug auf das Gewicht der Nebenumstände im engl. Prozesse §. 80: „In Bezug auf den Beweis im Allgemeinen muß die Verbindung zwischen der Hauptthatsache und den beweisenden Umständen dem Instinkt überlassen werden. Beim gerichtlichen Beweise tritt an dessen Stelle so zu sagen ein durch die Uebung erworbener juristischer Takt, und hiebei, wenn irgendwo, wird die juristische Regel wahr: multa multo exercitamentis facilius quam regulis percipies."

22) Vgl. Archiv für civ. Pr. Bd. 41 S. 312: „Diejenige Beweistheorie, welche von dem Begriffe einer einigen Wahrheit im Prozesse ausgeht, muß den Gegensatz des Beweises und direkten Gegenbeweises vor allen Dingen aufgeben."

diesen weisen Rath verlassen, und ihm ein System der Versplitterung vorgezogen.

10) Der Anschlag der Beweise nach ihrem Erfolge und dem Grade des Eindruckes, der ihnen auf die Ueberzeugung der Richter zukömmt, ist ebenso einfach als natürlich, und von einer technischen Classifikation hiebei nirgends eine Spur zu finden. Gleichwie im Strafverfahren das Schuldig oder Nichtschuldig alle anderen Nüancen, die man früher aufstellte, absorbirt, so gibt es auch im Civilprozesse für die Stärke eines geführten Beweises nur zweierlei Zustände seines entscheidenden Gewichtes, das Gewiß oder das Ungewiß, den hergestellten und den fehlgeschlagenen oder mißglückten Beweis; jede mittlere Schattirung muß auf die eine oder die andere Seite hinübertreten. Ein hiefür von Amtswegen zu Hilfe gerufener Eid ist in dem Grade in Mißcredit verfallen, daß keinem Richter einfällt, von demselben noch einiges Licht zu erwarten.

Im deutschen Prozesse hat die Herrschaft der formalen Wahrheit sechs normalmäßige Grundformen geschaffen, und dafür approbirte Gewichtsteine aufgestellt, in welche die Ergebnisse einer jeden Beweisführung eingetheilt und nach der Verschiedenheit ihres Gehaltes untergebracht werden müssen. Es sind dies bekanntlich der volle Beweis, der Mangel an allem Beweise und die Widerlegung durch Gegenbeweis, der Viertels-, der halbe und der Dreiviertels-Beweis; zwischen denselben liegen nebenbei noch einzelne Uebergänge in Mitte, ja die neuere Doktrin hat sogar ein Sürplüs des vollen Beweises erfunden. Ein ähnlicher Schematismus muß sich natürlich von dem Prinzip der universalen Evidenz weit zurückgestoßen sehen.

11) Was aber zum Schlusse noch den französischen Civilprozeß mehr als alles Uebrige vor dem deutschen auszeichnet, das ist sein summarisches und vollkräftiges Wesen, die Kürze der Eröffnung, die Sicherheit des Fortschreitens, die Schnelligkeit der Ausgänge, eine ebenso besonnene als im Durchdringen überlegene Energie der Gerichte auf der ganzen Linie und in allen Formen seiner Entwicklung. In drei Elementarfaktoren, die unmittelbar ineinander greifen, und nur Abschnitte oder Glieder einer verlängerten Operation sind, nimmt das ganze Verfahren seinen ebenso raschen als natürlichen Umlauf, in dem zureichenden Gehör beider Theile, in der Einsicht ihrer Beweise, und der Entscheidung des Gerichtes selbst, welche bedachtsam, ohne bedächtlich zu sein, aus den dargebotenen Anhaltspunkten auf der Stelle geschöpft, und auch so-

gleich verkündiget wird. Das Auftreten der Gerichte ist überall ernst und würdig, auch strenge, wo es darauf ankömmt, durch einen höher gespannten Eifer ihr Amt pflichtmäßig zu verwalten, und ihrem Streben die bezielte Folge zu sichern. Da, wo es im Interesse des Rechtslaufes nöthig wird, lassen sie sich durch keine Rücksicht zurückhalten, in ihren Aussprüchen die ganze Energie zu entfalten, die ihnen zu Gebote steht; der gangbare Ausdruck hiefür heißt sévir, und läßt keine Nebenbeziehung auf ein Verläugnen jenes Gleichmuthes und der Leidenschaftslosigkeit zu, welche die erste Pflicht und Tugend eines Richters bilden. Kömmt ihnen etwas in den Weg, was sie als morsch im Kerne oder faul nach Außen erkennen, so setzen sie unaufhaltsam darüber hinweg; die ganz einfache Formel hiefür gibt sich gewöhnlich in den Worten kund: Sans s'arrêter à la fin de non recevoir du defendeur, oder à la preuve offerte par le demandeur, dont les faits et articles sont dès à présent declarés ni concluans, ni admissibles. Auch wußten sich die Gerichte das Ansehen treu zu bewahren, was ihnen die alten Gebräuche und die neuen Gesetze übereinstimmend verliehen haben, und aus dessen Entfaltung dieselben fortwährend jene unversiechliche Kraft schöpfen, ohne welche eine wahre Gerichtsbarkeit nie möglich, ihr Wirken nie achtbar und gedeihlich bleiben kann. Alle Parteien und alle Fürsprecher, die vor ihren Schranken erscheinen, befinden sich unter dem heilsamen Eindrucke dieser Ueberlegenheit; ihr Gehorsam ist eine Wahrheit, ihre Unterwerfung eine nie bezweifelte Pflicht, und für alle Fälle gesichert. Die Anwälte selbst wenden ihren Eifer einsichtsvoll und freiwillig dem Streben zu, das Ansehen der Gerichte und die Kraft ihrer Gebote als ein edles Gemeingut der ganzen Rechtspflege zu erkräftigen und auf jede Weise empor zu heben. Ansehen und Kraft der Gerichte, wie sie solche eifersüchtig in ihrem Walten und Wirken als dem natürlichen Mittelpunkte der Gerichtsverfassung concentrirt erhielten, ist in der staatlichen Ordnung eine wahre Gewalt des Richteramtes, ein Zweig der öffentlichen Macht geblieben, ein pouvoir judiciaire im wahrhaftigen Sinne, was sie sein und bleiben müssen, wenn nicht die Rechtspflege selbst in einen traurigen Winterschlaf versinken, und darauf zurückgebracht sein soll, nur mit Mühe ihr kümmerliches Dasein zu fristen[23]). Die Folgen dieses Zustandes bewähren sich

23) In seiner Antrittsrede vor dem App.-Gerichte in Paris bemerkte der Generalprokurator Chaix d'Estange den 2. Nov. 1858 unter andern: „Es ist vor

in der heilsamsten Weise. Die Entscheidungen der Gerichte sind unaufhaltsam in der Durchführung, ihre Aussprüche ernst und gefürchtet, ihre Urtheile unerbittlich im Punkte der Rechtskraft und die Folgen derselben nicht mehr abwendbar auf der Höhe der Vollstreckung. Wer den Sieg auf der höchsten Stufe des Rechtszuges errungen hat, der ist unbesorgt und sicher, daß ihm die Ernte in der nächsten Zukunft auch werden und für alle Zukunft verbleiben müsse. Jede Anwandlung einer Lust, dem rechtskräftigen Urtheile den Gehorsam zu versagen, wäre gewiß hoffnungslos, jeder Versuch, auf einem Schleichwege zu entkommen, vergebens und müßte selbst verderblich für den Unbesonnenen ausfallen, der sich daran wagen wollte. Keinem Sträuben seines Widerstandes wird es gelingen, dem Widersacher, der auf der Höhe geblieben, die Früchte des Urtheiles zu verkümmern oder wieder aus Händen zu winden. Der Sieg des guten Rechtes ist mit dem Triumphe, den die Gerechtigkeit selbst hierin feiert, in eine nicht mehr trennbare Gemeinschaft verschlungen.

In der deutschen Civilrechtspflege sind dagegen Ansehen und Kraft der Gerichte schon seit langer Zeit in einen kläglichen Verfall gerathen, weil jede Aeußerung ihres Wirkens nur die Eingebung eines Gesetzes, jedes Gebot ihrer Macht die Anwendung einer Rechtsregel sein, und immer in die enge Spurweite einer formalen Legalität eingezwängt bleiben soll, über deren Ermittlung und ängstliche Beobachtung der Streit selbst nicht mehr zu Ende kömmt. Die tiefen Obedienzformeln, die wir ganz nutzloser Weise unter den Prozeßschriften finden, sind zur bitteren Ironie geworden; die Macht selbst und der dazu gehörige Nachdruck ist den Gerichten entschlüpft, in die Hände der Parteien, oder vielmehr ihrer geschäftigen Fürsprecher hinübergewandert und dort verschwunden. Der vorherrschende Charakter in der Abwicklung eines deutschen Prozesses ist die Indisciplin der Anwälte und die Kraftlosigkeit der Gerichte, ihr vorzubeugen; das ganze Ansehen der letzteren unterliegt unter der Wucht der Gesetzlichkeit, und wird davon erdrückt. Die methodische Kunst der Fürsprache hat eine ganze Rüstkammer von Rechts- und Hilfsmitteln, von sog. Eingelenken in Bereitschaft gesetzt, woraus die Anwälte die Hemmschuhe der Gerechtigkeit hervorziehen, wie die Register einer Orgel. Mit Hilfe derselben haben sie ein leichtes Spiel, jede Sache bis in's Unabsehbare hinaus zu

Allem ihre Macht, die es überflüssig scheint, den Richtern ins Gedächtniß zurückzurufen.“ (Gaz. d. Trib. v. 4. Nov. 1858.)

ziehen; die Doktrin selbst hat deren Gebrauch durch ihre Grübeleien so fein ausgesponnen, daß man glauben könnte, es sei darauf abgesehen, den Rechtslauf vollends unmöglich zu machen. Den Gerichten fehlt die Macht, solche Vexationen zu hintertreiben, oder ihnen auf den ersten Anblick — a prima facie — das verdiente Stillschweigen aufzuerlegen. Jedes Entwickeln einer heilsamen Energie, die hier allein Hilfe schaffen könnte, ist als unjuristisch mit dem Interdikte belegt, und wird von den Richtern selbst zum Theile als ein nicht beneidenswerthes Vorrecht der Administration von sich zurückgewiesen. Die raffinirte Kunst der prozessualen Intrigue ist nachgerade zu einem vollständigen Systeme ausgebildet, dessen Geheimnisse man sich gegenseitig ablauert, und in welchem der Erfindungsgeist unserem Staunen täglich neue Ueberraschungen bis an die Gränze des Unglaublichen zu bereiten weiß. Gleichwie man Lieferungsgeschäfte auf Zeit mit Staatspapieren abschließt, so könnte ein gewandter Anwalt, wenn es nicht etwa schon geschah, mit seinem bedrängten Clienten ein Verhinderungsgeschäft eingehen, und ihm dafür gut stehen, die Hilfsvollstreckung für die liquideste Schuld auf zwei oder noch mehr Jahre von seiner Schwelle ferne zu halten. Die prozessuale Fürsprache ist von einer Anstalt zur Förderung des Rechtes in eine gemeine Kunst umgeschlagen, das Fehlgehen oder den Stillstand desselben zu erzwingen. Jeder Anwalt hält die Wünschelruthe der Königin Bertha in der einen Hand, die er nur um sich zu schwingen braucht, um den beharrlichsten Eifer der Gerichte für den schnellen Ausgang einer Sache auf Jahre hinaus in einen schweren Zauberschlaf zu versetzen. Alle übrigen Disciplinen des staatlichen Lebens und vor Allem des öffentlichen Rechtes stehen in ganz Europa so ziemlich auf demselben Fuße, und müssen sich zum Theile nothgedrungen die Hand reichen; der internationale Verkehr und das Heerwesen, die Polizei und die Finanzen, in neuester Zeit selbst die Strafrechtspflege sind in einer Weise geordnet, daß man darin die Abkunft von einem Stamme, die Harmonie der Gliederung und eine brüderliche Aehnlichkeit nicht wohl verkennen kann; nur der deutsche Civilprozeß wußte sich seither die traurige Immunität zu bewahren, welche ihm die Ueberlieferungen der alten Reichsgerichte mit ihrem Geiste und Gange als ein Symbol zur Pflege hinterließen. Der Civilprozeß bildet bis auf die jüngste Zeit in der deutschen Rechtsgeschichte eine vereinzelte und abgeschiedene Oase aus jenem glücklichen Reiche des Saturns, worin alle öffentliche Macht auf den Nullpunkt herabge-

drückt zu Boden liegt, der deutsche Civilprozeß, gewöhnlich ein verlorner Sohn im Vaterhause, hat sich zu einem förmlichen Sonderbunde abgeschlossen, den man gewähren läßt, er ist ein verfaulter Flecken — rotten borough — in Mitte der lachenden Ebenen europäischer Staats- und Verwaltungskunst. In dieser notorischen Phase seiner Gestaltung ist der ganze Unstern zu erblicken, der über den Streitigkeiten des Privatrechtes in der Höhe schwebt.

12) Der französische Prozeß ist, wie oben bemerkt, in all' seinen Formen und Unterarten ein wahrhaft summarischer, welcher Alles schnell bewältiget, oder aus dem Wege räumt, was sich seinem Laufe und Ausgange entgegenstemmen möchte. Die Richter jenes Landes haben sich das Geheimniß bewahrt, und die Mittel in Bereitschaft erhalten, um ganz einfach dasjenige in's Werk zu setzen, was ein deutsches Sprichwort mit den Worten sagen will: „Kurze Prozesse machen" [24]). Der summarische Prozeß selbst kömmt im franz. Verfahren nur unter zwei fixirten und gesetzlichen Entwicklungsformen vor. Sie sind erstlich das beschleunigte Verfahren in den dazu geeigneten Fällen des Art. 404 C. Pr., namentlich für alle auf schriftliche Urkunden sich stützenden Klagen, und für andere Forderungen bis zum Belaufe von 1000 Fr., und dann das Verfahren vor den Friedensgerichten, entsprechend demjenigen, was man in Bayern das mündliche Verhör, und anderwärts die Erledigung von Bagatellsachen nennt. Das erstere zeichnet sich besonders dadurch aus, daß eine unmittelbare Ladung in die öffentliche Sitzung ohne vorgängigen Schriftenwechsel dabei stattfindet, und daß die Zeugen hiezu gleich mit geladen, und hier auch vor dem versammelten Gerichte selbst vernommen werden [25]). Allein der Verlauf des ordentlichen Prozesses selbst muß nach unseren deutschen Begriffen als ein höchst summarischer erscheinen, was schon

---

24) In England gibt es noch s. g. Gerichte der bestaubten Füße, welche die Streitigkeiten auf offenem Markte zu schlichten haben. Sie stammen aus der normännischen Gerichtsverfassung her, und ihr Name will soviel sagen, die Rechtspflege werde darin so schleunig verwaltet, daß die Theile gar nicht nöthig haben oder Zeit finden, sich die Schuhe abzubürsten. Vgl. Laya, droit anglais, T. II. p. 8.

25) Schlink's Commentar gibt Bd. II. §. 253 ein Verzeichniß von nicht weniger als 26 Fällen des summarischen Prozesses, wovon die fünf ersten im Art. 404 C. Pr. als die gewöhnlichsten aufgezählt, die übrigen dagegen an einzelnen Stellen des Gesetzbuches zerstreut sind. Der Prozeß in Handelssachen hat überall besondere Privilegien.

daraus erhellet, daß derselbe ganz gewöhnlich und in der großen Mehrzahl der Fälle innerhalb eines oder höchstens zweier Jahre erlediget ist, selbst mit Einschluß der Vollstreckung des Urtheiles, ein Zeitraum, in welchem der deutsche noch gar nicht anfängt, heiß zu werden, und kaum zu einem erstrichterlichen Beweisinterlokut gedeiht[26a]).

In dem deutschen Prozesse haben wir ein weitläufiges System und eine ganze Nomenclatur der summarischen Prozesse; lange Kapitel der gewöhnlichen Lehrbücher und ganze Monographien in der Literatur sind ihrer Behandlung gewidmet. Allein in der Praxis und dem wirklichen Rechtsleben ist alles summarische Wesen völlig verschwunden, der Subtilität zum Opfer gefallen, oder auf das Gebiet der Administration hinübergewandert. Mehrere Klassen von Streitigkeiten, deren Erledigung keinen Aufschub verträgt, mußten aus eben diesem Grunde schon seit langer Zeit auf den Administrativweg verwiesen werden, woran kein Richter ohne Schmerz und Schamgefühl denken sollte. Ein mündlicher Verhörsprozeß, der in der Pfalz binnen vier Wochen beendiget sein müßte, wächst ganz ungehindert und gemüthlich zu einem Aktenbande heran, den zwei Hände Mühe haben zu umspannen. Im Beweisverfahren ist alles Abgekürzte und alles Mündliche völlig aus der Prozedur verdrängt, so daß die Anwälte nicht selten ganz vergessen, in einem mündlichen Verhöre zu versiren und darüber das abgekürzte Berufungsfatale von 14 Tagen übersehen. Kein Arrest- oder Wechselprozeß, kein Mandats- oder Executivprozeß, kein Baustreit, keine novi operis nuntiatio hat nur eine entfernte Aussicht, vor zwei, drei, fünf oder noch mehr Jahren die Erledigung zu finden, wenn sich der Gegen-

---

26a) Die Gesetzgebung der Revolutionszeit war in dem Eifer für eine summarische Erledigung der Prozesse noch viel weiter gegangen. Die Constitution v. 1793 hatte vorgeschrieben, daß alle Streitigkeiten zwischen Privatpersonen blos auf mündliches Vorbringen oder einfache Denkschriften, ohne prozessuale Weitläufigkeiten und ohne Kosten entschieden werden sollten, ganz wie die bayer. GO. K. III. §. 5 Nr. 1 dasselbe für Kleinigkeiten unter 50 fl. verordnete. Um die Vortheile dieser unermeßlichen Wohlthat den Bürgern ohne Saumsal zu sichern, improvisirte der Nationalconvent das berüchtigte Dekret v. 3. Brum. II, welches in 17 ganz kleinen Artikeln Alles enthielt, was zur Instruktion und Aburtheilung der bürgerlichen Streithändel erforderlich sein sollte. Ein späteres Dekret v. 7. Frukt. III. fügte bei, daß in allen Civilsachen ohne Ausnahme die Zeugen mündlich in öffentlicher Sitzung vernommen werden sollten. Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 227. In Ostgallizien wurde im J. 1774 sogar eine GO. in 7 Artikeln publicirt. Vgl Beidtl's ord. Verf. in Streitsachen S. 25 N. 7.

theil auf die hinteren Füße stellen will; der einfachste Injurien- oder Paternitätsprozeß, Streite über den jüngsten Besitz oder ein Provisorium dauern durchschnittlich vier bis sechs, zuweilen gar acht bis zehn Jahre, und auch noch länger, wie man jeden Augenblick durch zahlreiche Beispiele erweisen kann. Der Vorstreit über die von einem ausländischen Kläger zu leistende Kaution zieht sich oft länger hinaus, als jenseits des Rheines das Endurtheil zu seiner Bereifung gebraucht hätte. Um ein ganz untadelhaftes Hypothekenkapital durch den Verkauf des verpfändeten Gutes hereinzubringen, sind oft fünf oder sechs Jahre erforderlich; überall finden sich auf diesem Wege vereinzelte Voreinreden und die Verhandlungsmaxime, überall unübersteigliche Fristverlängerungen und nicht zu umgehende Incidentpunkte ein, beinahe überall und namentlich im mündlichen Verhöre kehrt das Beweisinterlokut mit seiner verschiebenden Abgliederung des Beweisverfahrens für einen zweiten Abschnitt wieder, überall häufen sich aufgeschichtete Restitutionsgesuche und trostlose Nullitätsquerelen übereinander, die sich ganz besonders das Zwangsversteigerungs-Verfahren recht planmäßig zum Tummelplatze ihres Spuckes auserseheh haben, wo der Besitzer natürlich alle Federn springen läßt, um nicht von Haus und Hof verdrängt zu werden, die er als seine Quasilegitimität betrachtet. Ueberall finden wir hiebei dickleibige Prozeßschriften ohne den mindesten Nutzen für die Sache selbst sich nach allen Richtungen hin durchkreuzen. Kein Richter traut sich zu oder hält sich den Weg für offen stehend, um mit Hilfe der natürlichen Evidenz den achtbaren Werth dessen zu schätzen, was man ihm einzureden für gut findet, um kurz auf die Seite zu räumen, ohne sich dabei aufzuhalten, was man vor ihm aus dem Aermel schüttelt, und dann mit einem herzhaften Schwunge bis zu dem so nahe vor ihm liegenden Ziele hinüber zu setzen. In den deutschen Rechtszuständen ist der summarische Prozeß seit langer Zeit flüchtig und zu den Fahnen der Administration übergegangen. Dort finden wir ihn noch in frischer Blüthe und in kräftigem Ansehen stehen, wie namentlich in dem Conscriptionsprozesse, wo der Rekrut 14 Tage nach der Aushebung auf dem Exercierplatze steht, oder in den Händeln der Herrschaften mit ihren Dienstboten, der Hauseigenthümer mit ihren Inwohnern am Ziele des Auszuges. Wenn Jemand diesen am bestimmten Tage verweigert, so wird am folgenden Tage sein Hausrath auf die Straße gestellt, und die Wohnung durch Aushängen von Fenstern und Thüren unbewohnbar gemacht. Und wohlgemerkt,

im Punkte einer wohlverstandenen Gründlichkeit, worauf so hoch gehalten wird, findet sich zwischen diesen und unseren Civilprozeßarten entweder kein oder doch nur ein sehr unmerklicher Unterschied. Mit Hilfsmitteln, wie sie den Verwaltungsbehörden geboten sind, oder auch wie sie der franz. Civilprozeß eröffnet, mit einer Ladung auf kurze Frist und der alsbaldigen Verurtheilung des Ausbleibenden, mit den unerstrecklichen Terminen und der provisorischen Vollstreckbarkeit des Urtheiles, welche die erste Instanz in dringenden Fällen verordnen darf, mit solchen Mitteln wäre es ein Leichtes, das Austreiben eines Pächters nach abgelaufener Pachtzeit auf denselben Fuß zu setzen, auf dem die Polizei den Auszug der abgekündigten Miethsleute am Michaelisziele zu erzwingen weiß. Nach dem heutigen Stande der Rechtspflege ist derselbe ganz sicher, mit Hilfe eines gewandten Fürsprechers, welcher den vorgelegten Pachtvertrag diffitirt, und die Einreden des nicht gehörig erfüllten Vertrages, der Retention oder Compensation von Gegenforderungen, der Caution für die Nachklage wegen Ersatzes von Gutsverbesserungen und dergleichen mehr entgegensetzt, noch zwei bis drei Jahre darüber hinaus ganz gemüthlich auf dem Pachtgute, das er lieb gewonnen, sitzen zu bleiben und seinen gelegenheitlich vorübergehenden Pachtherrn mit dem ihm bestimmten Nachfolger im Pachte noch zu verhöhnen. Mit den Hilfsmitteln des pfälzischen Prozesses und dem verengten Umkreise seiner Abwicklung wäre es eine leicht erschwingliche Sache, die gewöhnliche Fassung der Beweisauflagen, „Kläger habe binnen 30 Tagen zu beweisen," und nicht den Beweis nur anzutreten, wie sie verstanden wird und werden muß, zu einer Wahrheit zu machen und in ihre ursprüngliche und wörtliche Bedeutung wieder einzusetzen [26 b]).

Was ein summarischer Prozeß sei und wie man dabei zu verfahren habe, das sollten wir von unseren Voreltern lernen; das natürliche und preiswürdige Vorbild derselben ist uns bereits nahe genug unter die Augen gestellt. Im Jahre 1504 saß in Augsburg der Kaiser Maximilian I. in eigener Person zu Gericht, um „ein gütliches Verhör" abzuhalten; der Streitsgegenstand war die Erbschaft des Herzogs Georg des Reichen von Landshut, d. i. die Herzogthümer Bayern-Landshut und Ingolstadt. Am fünften Februar wurde die Klage, am sechsten die Vernehmlassung darauf, am siebenten und neunten die Re- und Duplik dem kaiserlichen Richter vor-

26b) Vgl. unten Abschnitt V. Note 48.

getragen, welcher am achtzehnten und neunzehnten, nachdem beide Parteien ihre Vorbringen nachmals kurz zusammengefaßt und übersichtlich in's Gedächtniß zurückgerufen hatten, den Beschluß der Sache aussprach und das Urtheil vertagte, welches bekanntlich wegen eines vom Kaiser inzwischen vermittelten Vergleiches niemals erfolgt ist[27]. *) Bei einem im Jahre 1455 in München gehaltenen Hofgerichte wurde nach geschlossener Verhandlung zwar auf Beweis erkannt, dieser aber auch sogleich von den darauf vorbereiteten Theilen in der nämlichen Sitzung geführt, und nur für eine Ergänzung ein kurzer Aufschub bewilliget[28]. Noch das bayer. Landrecht von 1616 verordnete im Tit. 19 Art. 8, wenn ein Fremder in Arrest genommen und der Forderung nicht geständig wäre, so solle der Richter mit Anhörung von Klage und Gegenrede von einem Mittag zum andern, wenn es der Arrestirte begehrt, Recht ergehen lassen. Bereits nach Tit. 23 des bayer. Rechtsbuches von 1346 mußte jeder Arrestprozeß am nämlichen Tage beendiget sein, außerdem durfte der Gast, d. i. der Fremde, gehen, fahren oder reiten, wohin er wollte; die alten Stadtsätze von München hatten im Art. 41 das nämliche verordnet[29]. Welche würdigen und beneidenswerthen Vorbilder aus unserer eigenen Geschichte für ein mündliches Verhör, für ein mündliches oder schriftliches Verfahren ohne Rücksicht auf die Größe des Gegenstandes oder die Verwicklung der Sache rollen sich nicht hier vor unseren Augen auf, und wie war es möglich, wie ist es noch länger erklärbar, daß dieselben an uns unbeachtet vorübergehen, vergessen oder verschmäht in einem Winkel darnieder liegen, daß sie gleich auf dem ersten Eintritte in die ernste Frage ihrer Wiederbelebung an dem abgenützten Vorwande einer hohlen und blos eingebildeten Gründlichkeit scheitern müssen? Hieran reiht sich noch eine weitere Betrachtung von höherer Art an. In der moralischen Ordnung des Staates, in dem friedlichen Leben der Gemeinden wie der Familien ist jeder Prozeß ein brennendes Haus; dasselbe zu löschen, sollten alle Hände zugreifen

---

27) Maurer's Geschichte des öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens §. 143 S. 197. Wo mag wohl der Kaiser die Geduld hergenommen haben, um Advokaten sechs Tage hintereinander plaidiren zu hören? In unserer Zeit fände ein Fürst wohl kaum mehr den Muth dazu. Durch jenen Vergleich büßte übrigens Bayern die Landgerichte Kufstein und Rattenberg ein, welche das Honorar für die kaiserliche Vermittlung bildeten. *)

28) Ebendas. §. 164 S. 242.

29) Anmerk. zur GO. K. VIII. §. 6 litt. c.

*) Sind Berichtigungen am Schlusse

und alle Spritzen ihr wohlgeleitetes Spiel in einer unausgesetzten Bewegung erhalten. Statt dessen sind wir deutsche Richter daran gewöhnt und tief unter dem Stande der gegenwärtigen Civilisation noch immer verurtheilt, ruhig zuzusehen und dabei gewähren zu lassen, wie die vollen Hände von zwei oder noch mehr Seiten her sich nicht ermüden, nur Stroh und Pechkränze in die lichterlohe Flamme zu werfen.

Das patriotische Gefühl sträubt sich fürwahr auf jedem Schritte dagegen, sich in der fortwährenden Erhebung fremder Rechtszustände und Einrichtungen des Rechtes auf Kosten derjenigen zu ergehen, die wir in unserem Heimathlande beklagen müssen; nur in dem bekannten magis amica veritas vermag dasselbe einige Beschwichtigung zu finden. Die zuletzt angeführten Beispiele lassen überdies ersehen, daß nur eine offene und muthige Rückkehr zu dem vaterländischen Rechte, wie es vor einigen Jahrhunderten galt, an dem Ziele dieses ganzen Strebens liege. Nicht weil es ein fremdländisches ist, noch weniger, weil es von jenseits des Rheines herüberkömmt, auch nicht deshalb, weil der Geist und die Stimmen der Zeit solches seit langer Zeit mit Ungeduld verlangen, wird hier dem Geiste eines Systemes, welches uns zum legalen Vorbilde aufgestellt ist, eine Huldigung dargebracht, sondern blos darin dessen Vorzug gesucht und gefunden, daß das Verfahren, welches sich auf jener uralten Grundlage entwickelt, das allein natürliche und kräftige, das kurze und bündige ist, daß es umgeben von den Lichtstrahlen des Rechtes zugleich den ewigen Naturdienst des gesunden Menschenverstandes pflegt, daß es einfach in seinem Wesen und selbstverständlich in seinen Hilfsmitteln auch zur rechten Zeit und auf der kürzesten Linie an seinem Ziele anlangt. Nur nach den gesunden Früchten läßt sich der reelle Werth bemessen, welcher einer praktischen Anstalt des Rechtslebens zukömmt und bestimmend sein muß für das Lob der Tüchtigkeit, was sie sich verdienen will. Natur und Kraft sind freie Elemente aus dem Geiste aller Zeiten und aus dem Leben aller Völker; auf beide kann nur Eigennutz oder Thorheit sich beifallen lassen, den Bann einer unsinnigen Verdächtigung zu schleudern [30]).

---

30) Man kann das beste deutsche Herz in der Brust tragen, gleichwie an vaterländischer Gesinnung Niemand nachstehen, und dennoch von den großen Vorzügen einer Entwicklung des fremden Rechtes gegenüber den analogen Zuständen der Heimat lebhaft durchdrungen sein. Diese Frage ist aller politischen Tendenz fremd und ebenso neutral, als wenn ein Techniker das franz. System

Aus den bisherigen Vergleichungen läßt sich ohne sonderliche Mühe eine große praktische Lehre abziehen. Nicht die Uebertragung der Formen, worin sich das französische Civilverfahren gefällt und fortbewegt, nicht die langen Reden der Fürsprecher und die offenen Thüren der Gerichtssäle, nicht die Gutachten der Staatsanwälte oder die laute Verkündigung der Urtheile sind die geheimen Mittel, welche dem deutschen Civilprozesse zu einer verjüngten That- und Lebenskraft zu verhelfen vermöchten; das ganze Gebäude muß auf einen neuen Pfeiler aufgesetzt, aus einem neuen Grundstoffe geformt und von einem frischen Geiste, von dem der Natur und Kraft beseelt werden, wenn etwas Haltbares zum Vorscheine kommen soll; das ganze Gebäude muß vor Allem außer den verzauberten Kreis der deutschen Rechtsgelehrsamkeit und des nutzlosen Haschens nach formalen Grillen hinausgestellt werden. Nicht blos die alte Freiheit der Richter in Würdigung der Beweise und Schöpfung ihrer gewissenhaften Ueberzeugung muß wieder hergestellt, sondern auch ihr Urtheil von dem dermaligen Schulzwange emancipirt, ihren Aussprüchen selbst in den ungebundenen Elementen der Natur der Sache und des billigen Ermessens eine lebendige Beweglichkeit nach allen Richtungen hin verliehen werden, wohin nur immer die universale Evidenz vorzudringen und sich einen Weg zu bahnen im Stande ist. Was aber wichtiger und gewiß auch schwieriger ist, als alles Uebrige, das alte Ansehen der Gerichtsbarkeit muß wieder aufgerichtet, über den Rhein mit herüber verpflanzt, und den Gerichten selbst eine wahre Machtstellung — imperium — zurückgegeben oder neu geschaffen werden. Alles Novelliren oder Umgießen an alten Gesetzen, alles Hämmern oder Feilen an neuen, der feinste Schliff, um ihre Zusammenfügung künstlich zu verkleiden und ihnen ein harmonisches Ansehen zu geben, ist eine vergebliche Arbeit und keiner Mühe werth, wenn nicht nebenbei ein neues R e c h t s - r e g i m e n t eingeführt, ein ewiger Rechts- und Wahrheitsfrieden verkündiget und seine Aufrechterhaltung auch standhaft gesichert wird. Was der deutschen Justiz vor Allem Noth thut, das ist die Rückkehr zu dem Autoritätsprinzip des Herrn Präsidenten Troplong[31]).

der Construktion von Locomotiven weit über dasjenige erheben würde, welches von den Verkehrsanstalten in Wien und Berlin angenommen ist. In den deutschen Provinzen des linken Rheinufers bestehen jene Institutionen seit mehr als 40 Jahren friedlich fort, ohne daß ihnen Jemand den fremden Ursprung vorwirft.

31) Du principe d' autorité. Paris 1852. Eine bekannte Gelegenheitsschrift, welche bald nach dem Staatsstreiche vom 2. Dez. 1851 erschien.

Mit der Anlage eines neuen Geleises oder dem Ausfüllen einiger Vertiefungen ist unserem alten Rechtswege nicht mehr aufzuhelfen; es muß eine neue Bahn in der Ebene abgesteckt, da, wo es nöthig wird, ein Abgrund überbrückt, oder ein Stollen durch den Felsen getrieben werden. Dann erst wird es möglich, ein neues Räderwerk darauf in Gang zu bringen, kräftig genug, um die empörte Chikane, die ihm den Weg verlegen wollte, in Stücke zu zerschneiden und unaufhaltsam darüber hinweg zu rollen. Ein Minister, der sich hieran wagen wollte, müßte sich entschließen, über den Rubikon des deutschen Civilprozesses zu gehen und dem Vorwurfe des Vandalismus auf seinem Gebiete mit starrem Blicke in's Auge zu sehen [32]). So lange er nicht zu Pferde steigt, um den Unfug zu vertilgen, der mit dem edlen Rechte getrieben wird, ist es keine Freude, unter seiner Fahne mit in's Feld zu ziehen. Er wird dann noch immer Zeit und Gelegenheit genug finden, sich zu überzeugen, wie treffend das schöne Wort Voltaire's sei: „Jeder Mißbrauch, „den man von Grund aus heben will, ist immer das Erbgut von „Leuten, die mehr Ansehen und Einfluß besitzen, als die Reformatoren.“

Quest. sur l'Encyclop. Art. *Charité.*

Vierter Abschnitt.

Geständniß und Abläugnung; Einlassung und Ungehorsam. Die mündliche Verhandlung der Sache.

Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.

C. 1 de formul. et impetr. act. sublat. (2, 58).

Gleich auf dem ersten Schritte einer Vergleichung zwischen dem gerichtlichen Verfahren in den Ländern dies- und jenseits des Rheines thut sich eine weite Kluft in Ansehung der Mittel und Wege auf, um den Sachverhalt im Prozesse festzustellen. In dem letzteren ist der regelmäßige Modus, um dieses Ziel zu erreichen, die mündliche

32) Die Verfasser einer Zeitschrift unter dem Titel: Journal litteraire gaben zu Ende des vorigen Jahrhunderts den Fürsten, welche neue Gesetzbücher abfassen lassen wollten, ganz im Ernste den Rath, sich hiezu keiner Rechtsgelehrten zu bedienen. Boncenne, Introduct. Chap. 1. Dagegen meint A. Friedereich in seinem „französischen Cassationshof“ S. 65, es liege in der Natur der Sache, daß nur der erfahrne Richter zur Schaffung von Procedurgesetzen befähiget sei.

Verhandlung der Sache, nur in den seltensten Fällen finden förmliche Erhebungen durch ein Beweisverfahren statt; in Deutschland dagegen ist das weit vorherrschende und zur Regel gewordene Mittel für den Richter, die Gewißheit der Thatsachen zu ergründen, um welche sich ein Rechtsstreit dreht, das Beweisverfahren, die Beweisauflage und die Führung der auferlegten Beweise; einzelne Punkte seiner Aufstellung werden dem Gegner nur sparsam, die ganze erzählte Geschichte fast gar nie zugestanden, so sehr auch deren Evidenz hervorspringen und so wenig eine Ursache erdenklich sein mag, dieselbe in Zweifel zu ziehen [1]).

Worin ist wohl der erste und auffälligste Grund für diesen Gegensatz in den Rechtszuständen zu suchen, welcher den deutschen Prozeß in ein so schiefes und ungünstiges, aber dennoch wahres Licht zurückwirft? Offenbar nur in der gränzenlosen Demoralisation, welche in die Angewöhnungen unserer Fürsprecher übergegangen ist und sich unbändig der ganzen Haltung der rechtlichen Fürsprache bemächtiget hat, in dem völligen Vergessen oder der hohnsprechenden Verläugnung ihrer Pflicht, die Wahrheit vor Gericht einzubekennen, eine grundhaltige Behauptung des Gegners zuzugeben, was augenfällig gewiß ist, einzuräumen und auch dafür gelten zu lassen, das Offenkundige, woran sie selbst nicht zweifeln, auch nicht zu beanstanden, eine unverdächtige Urkunde auf die erste Mittheilung oder wo sie ihnen sonst vor Augen kömmt, ohne Schwierigkeit anzuerkennen, und sie nicht mit Vorbehalten und Erinnerungen zu erdrücken. Es ist hier nicht von Anwälten und ihren Gehilfen, nicht von Stellvertretern allein die Rede; wer nur immer vor Gericht erscheint, königliche Fiskale, rechtskundige Stadt- und fürstliche Domänenräthe, andere Consulenten oder rechtsgelehrte Parteien, die sich selbst vertreten, stehen in diesem Punkte fast immer miteinander auf gleicher Höhe, und wetteifern, sich in der Leichtfertigkeit der Widersprüche wechselweise zu überbieten; auf der Flagge Aller, sobald sie nur immer unter Segel gehen, ist der erbauliche Spruch zu lesen: si fecisti, nega. Wenn man die kecken Verläugnungen unserer Exceptionsschriften liest oder mit anhört, so sollte man glauben, die Klage habe sich erlaubt, den Ernst der Richter

1) Man wird leicht bemerken können, daß dieser und die meisten der folgenden Abschnitte in drei Abtheilungen zerfallen, wovon die erste eine Partie des deutschen Rechtslebens aufrollt, die zweite die einschlägige Lehre des franz. Prozesses darzulegen sucht, und die letzte einige Vorschläge zur Reform des deutschen Verfahrens andeutungsweise beifügt.

mit einem bunten Strauße von Mährchen aus dem Buche „Tausend und eine Nacht“ zum besten zu haben; in der Replik nimmt aber der Kläger selbst wieder seine Revanche hiefür in reichlichem Maaße. Der Unfug, der mit den muthwilligsten, mit den ausgesuchtesten und rein aus der Luft gegriffenen Widersprüchen getrieben wird, ist wahrhaft empörend; Niemand, der ihn nicht aus eigener Erfahrung kennt, wird im Stande sein, sich eine Vorstellung davon zu machen oder seine Duldung zu begreifen; diejenigen aber, welche ihn vermöge ihres Amtes mit ansehen und ihre Denkkraft an seiner Bewältigung vergeuden müssen, sind gegen seinen widerlichen Eindruck bereits in dem Grade abgestumpft, daß sie die tägliche Wiederkehr durchsichtiger Lügengewebe gleichgültig hinnehmen, die Keckheit derselben beinahe für eine selbstverständliche Sache halten und mit dem Lächeln einer kalten Resignation begrüßen[2]). Der Vater läugnet dem Sohne, ihn erzeugt zu haben, der Schwiegervater dem Eidame, der die verheißene Aussteuer verlangt, die Heirath und den Hochzeittag seiner Tochter, für dessen Gastmahl er doch an dem Schmause theilnehmend die Zeche bezahlt hat, die Schwester dem Bruder, von einer Mutter abzustammen, der Nachbar dem Nachbarn, daß er das Haus neben ihm besitze, der Grundholde seinem Lehnherrn, daß er eine Stift seit zwanzig und dreißig Jahren ohne Weigerung entrichtet habe, die ihm doch Jahr für Jahr in sein Quittungsbüchlein richtig eingeschrieben ist. Eine Ehefrau, welche von ihrem Gatten während des Scheidungsprozesses sieben Jahre lang provisorisch fette Alimente bezog und jedes Quartal darüber quittirte, widerspricht, wenn er sie zuletzt wieder zurückverlangt, weil sie im Scheidungsprozesse als der schuldige Theil erklärt wurde, je einen Kreuzer von ihm ausbezahlt erhalten zu haben. (RNr. 1811, 53/54.) Wird dem Beklagten, welcher das benef. compet. in Anspruch nimmt, vorgehalten, er lebe mit seiner Frau in kinderloser Ehe, so widerspricht sein Anwalt diesen Umstand, hütet sich aber wohl, die unverschämte Lüge durch eine beigefügte Angabe zu krönen, wie viele Kinder derselbe habe und wie sie alle heißen. (RNr. 1838, 56/57.) Der mit der Hyp.-Klage vom Hause

2) Nicht selten macht sich auch das Uebermaaß der Entrüstung in lauten Verwünschungen Luft; bringt man aber dann das so einfache und natürliche Mittel der Abhilfe in Anregung, gleich gilt dasselbe für unjuristisch, weshalb Niemand davon etwas wissen will. Man erschöpft sich täglich in lauten Murmurationen, Niemand entschließt sich zu einer strengen Prohibition. (Anmerk. zum bayer. LR. II, 4 §. 11 litt. c.

abgetriebene und vergantete Schuldner läugnet, wenn die persönliche Klage auf den Rest der Schuld nachfolgt, seinem Gläubiger je einen Kreuzer schuldig gewesen zu sein (Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 291), die Gemeinde ihrem Ortsnachbar, daß sein Acker in ihrer Flur liege, der Fiskus, auf ein Holzrecht belangt, den Bauern eines ganzen Dorfes, daß sie die angeblich berechtigten Höfe besitzen, während doch das Rentamt kein Bedenken trägt, ebenhievon die Steuern mit Strenge beizutreiben und die Umschreibcertificate auszustellen. (RNr. 521, $^{53}/_{54}$.) Ist Jemand wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurtheilt und er wird nach erstandener Gefängnißstrafe auf Schadensersatz belangt, so widerspricht sein Anwalt den ganzen Vorfall, und insbesondere, daß er seinen Gegner angegriffen und verwundet habe, daß er deshalb verurtheilt und bestraft worden sei, das der Klage anliegende Strafurtheil erkennt er vor der Originalproduktion nicht an, und bringt damit eine umfassende Beweis- und Gegenbeweisauflage auf die Beine (RNr. 1450, $^{53}/_{54}$). Was soll nun das Alles heißen?

Wenn in einer Verlassenschaftssache unter den Erben ein Vergleich über die Erbtheilung abgeschlossen ist, und später der eine Erbe gegen den anderen auf Vollzug desselben klagt, wobei die Verlassenschaftsakten, welche den Originalvergleich enthalten, natürlich sogleich beigefügt sind, so erkennt der Beklagte die ihm mit der Klage mitgetheilte Abschrift vor der Originalproduktion nicht an. (RNr. 312, $^{56}/_{57}$.) Wenn mit einer Klage gegen den Postfiskus auf Ersatz eines verschwundenen Frachtstückes der Postschein über die Aufgabe vorgelegt wird, so widerspricht der Fiskal diese Aufgabe als unwahr, er erkennt den Schein nicht an, rückt aber gleich auf der nächsten Seite mit der Einrede heraus, das Paquet sei bei einem Wolkenbruche durch unabwendbaren Zufall verloren gegangen. (RNr. 869, $^{56}/_{57}$.) Warum läugnet hier der Fiskal die Aufgabe, warum erkennt er den Schein nicht an? Weil er es so im Griffe hat, weil es so unter Advokaten der Brauch ist. Als nach dem Jahre 1848 von vielen Feudallasten und Gefällen der eine Punkt zweifelhaft wurde, ob sie rein persönliche Abgaben seien oder auf Grund und Boden haften, wäre es natürlich gewesen, diese Frage allein den Gerichten zu unterbreiten, mehr lag auch gar nicht in der wahren Absicht der Pflichtigen, von denen die Weigerung ausging. Was thaten aber ihre Anwälte insgesammt? Sie läugneten vor Allem den ganzen Quasibesitz des Gutsherrn auf 10, 20, 30 und noch mehr Jahre ab, erkannten weder Steuerkataster noch

Hypothekenbücher, weder Uebergabsverträge noch Gutsrechnungen an, und legten damit den Klägern die Nothwendigkeit auf, den Erwerb und Bestand des Rechtes erst zu beweisen, statt sich einfach an die Frage seiner Erlöschung zu halten. Hiefür ließen sich einige hundert Fälle anführen[3]). Noch mehr, als dereinst das Obergericht eine Schätzung des streitigen Grundstückes verordnet, und nachdem der zuerst auf dem Platze erschienene Beklagte dasselbe mit dem Gemeindevorsteher den Schätzern bereits vorgezeigt hatte, widersprach sein eigener etwas später hinzugekommener Anwalt diese Identität, weil sich in die Klage der unbedeutende Irrthum eingeschlichen hatte, der Acker liege in der Flurmarkung W., während er wirklich in der Markung St., nämlich rechts, statt links an einem Bache lag. (RNr. 515, 56/57.) Wo soll das Alles hinführen, wann und wie soll es enden? Quousque tandem abutemini....?

Gerichtlich abgeschlossene und theilweise vollzogene Verträge werden mit unverzogener Stirne widersprochen, was aber das Uebermaaß dieser Ausgelassenheit bis zum Unerträglichen steigert, besteht darin, daß die evidentesten Urkunden, öffentliche wie privative, die meistens eine weitaussehende Streitfrage mit einem Schlage abzuschneiden vermöchten, abgeläugnet oder doch vor Einsicht der Originalien nicht anerkannt werden, was einer vorläufigen Abläugnung in den Folgen ganz gleichkömmt. Einer langen Correspondenz zwischen zwei Kaufleuten, welche das streitige Verhältniß klar durchschauen läßt, benimmt der Beklagte für's erste allen Einfluß auf den so leicht zu findenden Ausgang der Sache durch die schnöde Bemerkung, er erkenne die Klagsbeilagen vor ihrer Originalproduktion nicht an. Gerichtliche Schuld- und Hypothekenbriefe, Auszüge aus Hypotheken-Büchern und -Protokollen, aus Grundbüchern und Steuerkatastern, gerichtliche Testamente, Urtheile oder Vergleiche, amtliche Protokolle und Aktenstücke aller Art, Druckschriften, öffentliche Anschläge, Zeitungsblätter oder Bekanntmachungen, Urkunden, worüber auch der leiseste Zweifel an ihrer Aechtheit ein Unsinn wäre, Kaufbriefe, von denen sich das gleichlautende Duplikat in den Händen des Gegners selbst befindet, Nichts wird anerkannt, Alles abgeläugnet, um nur ein langes und ganz überflüssiges Beweisthema auf das Tapet zu bringen und sich ein weitaussehendes Produktionsverfahren mit Hin- und Herreisen, Erinnerungen und Pro-

3) Anh. II. Nr. 7 findet sich einer derselben. In Note 13b zum folgenden Abschnitt V. sind 80 weitere Fälle dieser Art aus zwei Dörfern angeführt.

duktionsrezessen nicht entschlüpfen zu lassen. Kömmt aber endlich die Sache wirklich zur Produktion der Originalien, so würdiget diese der Gegner kaum eines flüchtigen Einblickes, er erkennt die Urkunden für dasjenige an, wofür sie ausgegeben sind, ersucht das Gericht um Vergleichung der Abschriften und behält sich seine Einwendungen gegen ihren Inhalt bis zur Deduktionsschrift bevor. Wie kann von all' diesen Umschweifen nur irgend Etwas den geringsten Nutzen bringen? Es sind nichts als einträgliche Handwerksvortheile, die man sich nicht entschließen kann, so leicht aus Händen zu lassen.

Um nichts besser steht die Sache mit der willkührlichen Erfindung von Einreden, wie sie einem Jeden in seinen Kram taugen, um den Prozeß nur aufzuhalten. In Wechselsachen, wo doch Jedermann weiß, daß ein bezahlter Wechsel abquittirt zurückgegeben wird, setzt der Schuldner einem Wechsel, von dem auch nicht ein Kreuzer abgeführt ist, auf das muthwilligste die Einrede der Zahlung entgegen, schiebt darüber dem Kläger den Eid zu, appellirt dann über die Fassung der Eidesformel, Alles nur zu dem Ende, um sich ein kümmerliches Respiro von einigen Monaten zu verschaffen. (RNr. 615, $^{54}/_{55}$.) Verdient dieses gewissenlose Manöver nicht allein schon die Suspension des Anwaltes, der sich dazu hergibt, auf ein Jahr? Wenn unser Creditwesen die Strenge der Wechselexecution nicht verträgt, warum gibt man nicht lieber dem verurtheilten Wechselschuldner eine gesetzliche Zahlungsfrist von drei oder sechs Monaten umsonst, statt ihm den Weg offen zu lassen, eine so armselige Hilfe mit dem kostspieligen Arkanum jener Finesse erst zu erkaufen? Die Erinnerung versagt in gerechtem Unwillen den Dienst, hier ein Bild noch weiter auszumalen, was zu den täglichen und traurigsten Erscheinungen der gerichtlichen Praxis gehört.

Von einer unbilligen Verdächtigung des Charakters kann bei allem Dem nicht entfernt die Rede sein. Individuell genommen sind unsere Anwälte die ehrlichsten Leute, von einer gleichen Gewissenhaftigkeit und Ehrliebe beseelt, keiner Lüge oder Verläugnung der Wahrheit fähig, im Ehrgefühle so zart, daß sie gewiß den Vorwurf einer solchen nicht zu ertragen vermöchten und auch in der That nicht verdienten. Alle sind in unserer Gesellschaft gleich achtbar und geachtet, keiner aus ihrer Mitte ist „ein Auswürfling," keiner würde einen solchen neben sich dulden[4]). In der sozialen

4) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XII. S. 6.

Stellung wie in der rechtsgelehrten Bildung verknüpft sie mit vollem Rechte ein Band der brüderlichen Gleichheit mit dem Stande der Richter. Sobald sie aber in die Arena des Rechtsweges und der juristischen Fechterkunst herabsteigen, mit dem Augenblicke, wo sie auf dem gerichtlichen Kampfplatze der Verhandlung über ein Faktum erscheinen, ist Alles vergessen oder in einen vorübergehenden Schlaf erstarrt, Wahrheitsliebe und Pflicht zur Wahrheit, Gewissen und warmer Sinn für Recht, Offenheit und guter Glaube. Ohne nur eine leise Regung darüber zu verspüren, halten sie sich durch ihr Amt aller prozessualen Redlichkeit für entbunden, finden sie von keiner Seite mehr einen Antrieb zu derselben, und sind sie dabei auch von vorne herein sicher, hierwegen in dem althergebrachten Usus eine geltende Ausflucht oder Entschuldigung zu finden. Man hört zuweilen sagen, in dem Pferdehandel habe eine allgemeine Sitte den Betrug selbst unter Brüdern zu einer erlaubten und rühmlichen Sache gemacht; gewiß ist soviel, daß die Stellvertretung vor Gericht es zu ihren glorreichen Privilegien zählt, sich in den raffinirtesten Chikanen überbieten zu können, ohne die Ehre mit in's Spiel zu ziehen. Das Uebel wurzelt nicht in den Personen oder einer vereinzelten Richtung ihres Strebens; der Krebsschaden seiner Ausbreitung haftet vielmehr in dem Stande und Gewerbe selbst, wo er sich festgesetzt hat, in der Stellvertretung wie in der Selbstvertretung, die er völlig beherrscht und wo er sicher ist, in dem unaufhaltsamen Umtriebe des Schwungrades von Lüge und Verdrehung täglich einen neuen Zufluß zu erhalten [5]). Dieser große Mißbrauch und das Aergerniß, welches er täglich gibt, ist in dem Grade für alles gesunde Rechtsgefühl empörend, daß er sich unbedenklich dem Faustrechte in den finsteren Zeiten des Mittelalters vor Verkündigung des ewigen Landfriedens und Errichtung des Reichskammergerichtes an die Seite stellen läßt. In dem Völker=

5) Dr. Gaib in seiner „Reform des deutschen Rechtslebens" bemerkt treffend S. 61: „Der deutsche Advokatenstand gehört zu den faulsten Partien unserer Gerichtsverfassung. Vergleichen wir damit den Advokatenstand in England und Frankreich, so finden wir kaum mehr, als denselben Namen für etwas durchaus Verschiedenes.... Und was sind dagegen unsere deutschen Advokaten? Das Bild derselben zeigt sich einem Jeden in so grellen Zügen, daß es unnöthig ist, es besonders auszuführen: sie sind — natürlich von einzelnen Ausnahmen abgesehen — in allen und jeden Beziehungen das absoluteste Gegentheil von ihren englischen und französischen Amtsbrüdern. In der That hören wir auch seit Jahren nur noch eine Stimme, welche die Umgestaltung, die durchgreifendste Reform unseres Advokatenstandes fordert."

rechte ist es ein bekannter Satz, daß eine Kriegserklärung alle bestehenden Verträge zwischen zwei Staaten wieder aufhebt oder wenigstens in ihrer Wirkung suspendirt; eine ähnliche Anschauung der wechselseitigen Lage scheinen die Anwälte in den gerichtlichen Zweikampf um das Privatrecht übertragen zu haben. Vermöge des auf ihn gemachten Angriffes, der doch ein ganz rechtmäßiger sein kann und der das einzige gesetzliche Mittel ist, dem versagten Rechte zu seiner Geltung zu verhelfen, hält sich der Beklagte oder vielmehr sein Fürsprecher in gewohnter Weise von aller Pflicht zur Wahrheit und zum Einräumen derselben für entbunden, und statt dessen für berechtiget, seinem Feinde alle Handgranaten unter die Füße zu werfen, die ihm gerade zwischen die Finger kommen, erst ausgesuchte Voreinreden, dann die schamlosesten Verläugnungen von Thatsachen und von Urkunden, welche dem Wortbruche noch die Krone aufsetzen, zuletzt durchtriebene Ausflüchte als zerstörliche Einreden, welche klar ersehen lassen, daß Alles, was auf dem vorigen Blatte widersprochen wurde, dessen unerachtet wahr sei, gegen welche Folgerung sie sich indessen immer wieder verwahren. Noch später folgen die Interventionen der Eheweiber, unter dem immer erlogenen Vorwande, die Frau habe vorher von dem Prozesse nichts gewußt, nachgeschobene Restitutionsgesuche in derselben oder der höhern Instanz, mit der nie versiegenden Ausrede, die neuen Einreden oder Urkunden erst in den letzten 14 Tagen entdeckt zu haben, eine ganze Encyclopädie frivoler Einwürfe, welche der Ueberraschung der Gerichte einen unerschöpflichen Wechsel der Behelligung liefern und die Bewunderung einer so traurigen Erfindungsgabe abnöthigen.

Aber man glaubt vielleicht, die Partei habe ihren Rechtsfreund dazu informirt, was er zu ihren Gunsten in einem solchen Wirrwarr vorbringen solle. Gott bewahre; diese Partei hat keine Vorstellung davon, daß etwas Aehnliches nur angehe, daß der Hohn, der dem Ansehen der Gerichte damit gesprochen wird, ungeahndet bleiben könne. Alles ist die Erfindung des Anwaltes, es ist seine Kunst und sein Geheimniß, es ist sein tägliches Brod. Was die Partei nie gewagt hätte, das findet er ganz unbedenklich, daß ihm freistehe oder wohl gar selbst obliege; er zählt es zu den Privilegien seines Amtes, die Verfechtung nicht einmal zweideutiger Interessen durch das Vorhalten eines so abgenutzten Schildes bis an den Rand hinauszutreiben [6]).

6) Vgl. unten Note 68.

Die erste Frage, die hier Jedermann entgegenkömmt, besteht natürlich darin: Ist es aber denn auch erlaubt, in dem Prozesse Lüge auf Lüge, Widerspruch auf Widerspruch zu häufen, und welche Mittel stehen den Gerichten zu Gebote, um solches zu verhindern, oder warum fehlen dieselben bisher noch immer? Obwohl man unter den Rechtsgelehrten zuweilen dem freien Gebrauche aller Mittel der Abwehr für den Angegriffenen noch das Wort reden hört, so kann dennoch nicht der geringste Zweifel bestehen, daß schon der jetzige Stand unserer Gesetzgebung ein so verzweifeltes System der Vertheidigung verurtheilt, daß er es verboten und als nicht ehrenhaft gebrandmarkt hat. Das römische Recht und die bayerischen Gesetze, alte wie neue, gemeine und partikuläre Rechtsquellen, sind über diesen Punkt in vollständigem Einklange.

Der ganze Titel der Institutionen de poena tem. litig. (4, 16) gibt ein unverwerfliches Zeugniß von dieser Grundansicht des römischen Rechtes; es heißt dort insbesondere: Adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli et tripli actio constituitur; die §§. 17 und 23 de act. (4, 6) liefern hiezu die einzelnen Beispiele; ebenso fr. 67 §. 3 pro socio (17, 2) und C. 4 de lege Aqu. (3, 35). Wer auf Befragen nicht einräumt, zu welchem Theile er Erbe eines Verstorbenen geworden sei, von dem verordnet fr. 11 §. 3 de interrog. in j. f. (11, 1) mendacii hanc poenam feret, quod in solidum convenitur. In der Nov. 18 C. 8 sagt der K. Justinian selbst mit klaren Worten, die man in den Stempel einer jeden Prozeßschrift einprägen sollte: Etiam nobis necessarium visum est, *indecentes et turpes abnegationes* praedictae poenae (dupli) subjicere, — mit dem weise beigefügten Beweggrunde: non quia amarioribus legibus delectamur, sed quia lites eorum minores efficimus, quatenus timore poenae citius dicant, quod confiteri competit. In C. 6 §. 1 de postul. (2, 6) hielten schon früher zwei Kaiser den Anwälten des röm. Reiches eine harte Strafpredigt. Ante omnia autem *universi advocati* ita praebeant patrocinia jurgantibus, ut non ultra, quam litium poscit utilitas, in licentiam conviciandi et maledicendi prorumpant: *agant quod causa desiderat*, temperent se ab injuria. Unter litis utilitas ist hier das reelle Bedürfniß der Sache, aber nicht der Vortheil des Anwaltes zu verstehen, wie gleich der folgende §. 4 entnehmen läßt: Nemo *ex industria* protrahat jurgium. Welche Lehre und wie wird dieselbe befolgt! Nach C. 1 de jurejur. propt. cal. (2, 59) sollte jede Partei, welche ihren Gegner zu einer Beweisführung

treiben würde, vorher eidlich erhärten, daß sie ihre eigenen Angaben nicht um bloser Aufzüglichkeit willen vorgeschoben habe, — quod non causa differendi hujusmodi proposuit allegationes; der Constit. 2 ibid. fügt eine eingeschaltete Authentica die Vorschrift bei: In isto juramento adjiciendum est, nullam in tota lite exacturum probationem, nisi quam pro veritate putat quis necessario exhibendam. Kann man deutlicher, als hier geschehen, sprechen, und wer könnte noch bezweifeln, daß hierin auch ohne Eid selbstverständliche Prozeßpflichten den Parteien vorgezeichnet sind? In dem §. 8 jenes Gesetzes hat sich Kaiser Justinian in seinem Vertrauen auf die Macht des Calumnieneides mächtig verrechnet, wenn er die Erwartung aussprach, wenn beide Theile und überdies ihre Anwälte diesen Eid geleistet, und sodann die Richter mit der heiligen Schrift vor Augen die Sache auf das sorgfältigste geprüft hätten, — tam totius causae faciant examinationem quam suum proferant arbitrium, — so müsse man sich dem Glauben hingeben, Gott selbst sitze statt der Menschen zu Gericht, — quid aliud, nisi pro hominibus Deum in omnibus causis judicem esse credendum est? Hier schließt derselbe zugleich die Stelle selbstzufrieden mit der Hinweisung auf die bezielten Erfolge: Antiqua itaque calumnia quiescente et ejus ambagibus constitutio nostra dilucida et compendiosa in terris clareat omnibus, et sit *maximum dirimendarum causarum remedium* [7]).

Unsere heimatlichen und namentlich die bayer. Gesetze sind nicht minder bestimmt über alle diese Punkte. Schon das bayer. LR. IV, 2 §. 3 Nr. 11 hat die Abläugnung des empfangenen Darlehens, §. 7 Nr. 14 die des Depositums, K. 11 §. 8 Nr. 2 die eines Schuldscheines, und K. 14 §. 12 Nr. 4 die der erhaltenen Zahlung mit empfindlichen Strafen bedroht. Noch entschiedener sind hierüber an zahlreichen Stellen die Gerichtsordnung und andere Prozeßgesetze.

a) Nach GO. K. II. §. 5 Nr. 1 müssen alle Advokaten vor dem Antritte ihrer Praxis schwören, „daß sie in Sachen.... aus ganz

7) Auch das fr. 80 de rei vind. (6, 1) bedroht den Beklagten, welcher den Besitz einer vindicirten Sache böswillig abläugnet, mit der Herausgabe derselben, bis er selbst sein Recht daran bewiesen habe. Andere bezweifelten zwar die heutige Anwendbarkeit dieses Gesetzes, Stryk erwiederte ihnen aber: Nescio quis primus ille *mendaciorum patronus* exstiterit, qui juri aperto et saluberrime constituto nonusum tam facile opponere ausus sit. (Anmerk. zum bayer. LR. II, 2 §. 7 Nr. 5 litt. d.)

treuer Meinung der Gerechtigkeit, Nothdurft (rei utilitas) und ihrer besten Verständniß nach fleißig fürbringen, rathen und handeln, wissentlich keinen falschen, unrechten oder gefährlichen Auf- oder Anzug darin brauchen oder suchen, und ebensowenig denen Parteien dazu anrathen, denselben gegen kundbare Rechte und Landesfreiheiten nicht fürsprechen wollen." Endlich soll jeder derselben Nr. 7... „um das, was er gegen Pflicht und Ordnung (also auch dem obigen Eide zuwider) handelt, allzeit unnachsichtlich gestraft werden."

b) Nach K. III. §. 7 soll sich jeder Kläger vor Anfang des Prozesses... „bei Rechtsverständigen mit wahrhaft und unverdunkelter Erzählung der Geschichte und aller Umstände Raths erholen, welches auch der Beklagte seines Orts ebenfalls zu beobachten hat."

c) Nach §. 9 Nr. 2 sollen „unnöthige Aufzüge im Streite nicht nur nicht geduldet, sondern vielmehr, wo man eine Geflissenheit hierunter verspürt, sowohl die Parteien als Advokaten.... empfindlich hierum gestraft werden."

d) Nach dem folgenden Kap. IV. §. 10 soll man in der Klage alle unnöthige, unwahrhafte, ungebührliche oder zweideutige Anzüge, wie auch geflissene *sub- et obreptiones* bei willkührlicher Strafe unterlassen.

e) Nach §. 12 sollen zwar wichtige Allegationen in der Klage hingehen; doch sollen sich die Parteien hierunter aller Falschheiten, unnöthiger Weitläufigkeiten und abgeschmackter Trivialien bei willkührlicher Strafe und Zurückgabe der Schrift enthalten, endlich soll

f) nach §. 15 ebendas. was vorstehend von Klagschriften verordnet ist, auch bei allen übrigen gerichtlichen Schriften beobachtet werden, gleichwie auch bei mündlichen Verhandlungen alle unnöthige Weitläufigkeit und ungebührlichen Anzüge bei Strafe vermieden werden sollen.

g) Nach K. VI. §. 8 sollen die Exceptionen deutlich, ordentlich und umständlich vorgetragen werden,... alles bei unvermeidlicher Strafe gegen die Uebertreter, sonderbar wenn sie sich unwahrhafter, schmählich oder sonst ungebührlicher Anzüge (d. i. Bezugnahmen) hierin gebrauchen.

h) Nach §. 16 Nr. 7 sollen alle muthwillige oder durch falsche Vorspieglung erschlichenen Dilationsgesuche der Gebühr nach bestraft werden.

i) Das K. XI. §. 8 Nr. 8 enthält die Bestimmung, welche aus C. 16 de fide instr. (4, 21) entnommen ist, es solle Diffitent, wenn er seine eigene Handschrift und Petschaft gefährlicher Weise (d. i. wissentlich) abgeläugnet zu haben, überführt werde, nicht nur aller übrigen Exceptionen gegen das Dokument verlustig, sondern auch in poenam dupli, und nach Umständen als Falsarius oder Meineidiger in Criminalstrafe verfallen sein. Die Strafe, welche die obige Stelle des röm. Codex auf diese Abläugnung setzte, war die von 24 Goldstücken, außer dem Verluste der Einreden.

k) Nach K. XIII. §. 6 umfaßte der generelle Calumnieneid, welcher in Absicht auf den ganzen Prozeß zu leisten war, unter Anderen folgende Punkte, daß die schwörende Partei eine gute gerechte Sache zu haben gänzlich glaube, — zu geflissener Verzögerung derselben nichts suchen oder begehren, — die Wahrheit hierin fürbringen und solche, so oft sie in Rechten gefragt werde (was jede Ladung durch die Pflicht der speziellen Antwort im Grunde thut), nicht vorenthalten wolle.

l) Nach derselben Stelle sollte man den speziellen Calumnieneid, welcher nur einen besonderen Judicialakt betraf, z. B. die verweigerte oder vorbehaltene Erklärung über eine Urkunde bis zur Vorlage des Originals, dahin ablegen: Ich schwöre, daß ich mich dieser Handlung nicht aus Bosheit zur Verzögerung der Sache und dem Gegentheile zum Schaden, sondern aus gutem gerechten, wahren Grunde, und weil ich solche meiner Sache dienlich zu sein vermeine, gebraucht habe.

m) Nach der Hofrathsordnung von 1779 Art. X. §. 2 sollen den Advokaten keine geflissenen Verdrehungen der Geschichte, falsche Allegationen, ungebührliche Auf- oder Anzüge gestattet werden.

n) Zum Schlusse haben die Disciplinarvorschriften für die Advokaten v. 1813 (Reg.-Bl. 1813 S. 425) Alles zusammengefaßt, was die Hofrathsordnung und ähnliche Normalien früher den Anwälten besonders eingeschärft hatten, und wovon nur folgende drei Punkte hier zu bemerken sind:

Nr. 9. Uebrigens sollen sich die Advokaten in ihren schriftlichen und mündlichen Vorträgen aller unnützen Weitläufigkeiten (also auch dessen, was dazu hinführt)... aller Unwahrheiten, Sub- und Obreptionen,.... dann der muthwilligen Fristverlängerungsgesuche enthalten.... Sie sollen sich die nöthige

Information und Bevollmächtigung zur gehörigen Zeit verschaffen u. s. w. (Alles bei Vermeidung von Verweis, Geld= und Arreststrafen);

Nr. 10... Voreilige, gänzlich unstatthafte oder gegen rechtskräftige Erkenntnisse laufende Recurse, muthwillige oder aktenwidrige Appellationen, Revisionen oder Restitutionsgesuche, ungegründete Perhorrescenzen und Recusationen, voreilige Beschwerden über verweigerte oder verzögerte Justiz sollen mit denselben Strafen belegt, und

Nr. 11 auf gleiche Weise sollen auch offenbare Ränke, Chicanen, geflissentliche Verdrehungen und Rabulisterei, absichtliche Verzögerung des Rechtslaufes, die Vertheidigung offenbar ungerechter Sachen, Verführung der Parteien zur Streitsucht,... Insubordination und Ungehorsam gegen richterliche Befehle,... und andere dergleichen schwere Excesse bestraft werden.

Hier wären also Verbote genug, aber Gott weiß, wie sie gehalten werden. Hier wäre ein ganzes Sündenregister und ein Tarif von Straffällen; allein wenn man diese alle beahnden wollte, so würde man mit dem Strafen nie zur Ruhe kommen. Dieser ganzen Masse der klarsten Vorschriften, welche die Prozeßlüge mit dem Banne belegen, kann man nichts entgegenhalten, als das armselige Argument: Ein Anwalt ist berufen, den Nutzen seiner Partei, der anderen gegenüber, zu fördern; ein Zugeständniß dessen, was die andere behauptet hat, ist aber der seinigen in der Regel nur ungünstig, mithin liegt auch dasselbe außer seinen Pflichten und jenseits der Gränzen seines Amtes. Eine alte Gewohnheit hat unsere Fürsprecher in ihrer Vergeßlichkeit dahin gebracht, ohne alles Bewußtsein einer Pflicht zur Wahrheit gegen den Feind, ohne bei dem Verlassen derselben nur an einen Fehltritt zu denken, die Wahl zwischen Zugeständniß und Widerspruch wie eine freie Willenshandlung zu betrachten, mit dem Schwanken des Entschlusses zwischen der Annahme oder Ablehnung eines angebotenen Kaufes auf eine Linie zu stellen, wobei blos eine Frage der Nützlichkeit, aber nie der Redlichkeit in Bedacht zu nehmen und nie der Scheideweg zwischen Pflicht und Frevel offen oder mit im Spiele sei[8]). Sollte es viel-

8) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 291; Bd. XVIII. S. 318.

leicht Jemand einfallen, dieser Beschuldigung damit zu begegnen, daß die GO. K. II. §. 5 Nr. 1 in der Formel des Advokateneides den Anwälten gebiete, „die Heimlichkeiten, Behelfe und Unterricht, so sie von den Parteien selbst empfangen oder in der Sache bemerken, denselben zum Schaden Niemand zu offenbaren," so läßt sich ihm ruhig antworten, daß er jenes Verbot völlig mißverstehe. Dort ist nämlich von dem verstohlenen Ausschwätzen eines Parteigeheimnisses an Betheiligte, aber nicht von der offenen Darlegung vor dem Richter die Rede, wie die Nr. 11 der Disciplinarvorschriften von 1813 klar zu entnehmen gibt. Daß der Schuldner das eingeklagte Darlehen wirklich aufgezählt erhalten, daß der Käufer den Handel, der ihn reuet, abgeschlossen habe, soll und darf für Niemand eine Heimlichkeit im Sinne jener Stelle sein. Wollte man weiter einwenden, der Calumnieneid sei ja in Bayern wenigstens seit dem Jahre 1819 abgeschafft, so läßt sich hierauf nochmals erwiedern, daß dieses nicht in der Absicht geschah, um die darin begriffenen Betheuerungen zu erlassen, sondern nur um dieselben in die selbstverständlichen Pflichten der Parteien und Anwälte auch ohne Eid zu übertragen. Das letztere geht klar daraus hervor, daß die GO. all' dasjenige, wovon man sich mit jenem Eide wegschwören soll, in den obenangeführten Stellen ihres vierten und sechsten Kapitels für jede Partei schon an und für sich mit Strafe bedroht hat. In der That ist also nicht zu verkennen, wer eine Feder ansetzt, um eine Prozeßschrift zu verfassen, der schwört im Geiste den Calumnieneid; wer bei einer gerichtlichen Verhandlung den Mund öffnet, um ein Protokoll zu diktiren, befindet sich unter dem Drucke jener Eidesformel. Allein daran denkt Niemand von denen, die in jene Lage kommen, fast Alle feuern ihre herkömmlichen Lügen und Sophismen mit Herzenslust auf den Tempel der Gerechtigkeit und bis in die Zellen der richterlichen Forschung, wie die Projektilien auf den Rumpf eines Kugelfanges ab. Hieraus allein erklärt sich schon, wie die langen und vielgliedrigen Beweissätze erforderlich werden können, die wir oft in den Zwischenbescheiden sich entfalten sehen. Auf jedem Schritte sieht sich die Urtheilsschöpfung von einem Fallgitter aufgehalten, welches darauf ruht, daß die Gegenpartei die Urkunden, aus welchen die endliche Entscheidung der Hauptsache auf der Stelle erfolgen könnte, nicht anerkannt, sondern sich die Erklärung darauf bis zur Einsicht der Originalien vorbehalten hat. Weitläufige Beweisinterlokute und Beweisauflagen haben oft keine andere Bedeutung, als die, jede Partei solle die Aechtheit der Ur-

kunden, worauf sie sich stützt, erst auch formell durch ein Produktionsverfahren feststellen [9]).

Wenn man in solcher Weise diese Sache mit dem Gedanken bis in ihren letzten Hinterhalt verfolgt, auf was muß man nothwendiger Weise kommen? Jeder Anwalt, der nur die kleinste Schwierigkeit macht, eine Urkunde auf der Stelle anzuerkennen, von deren Aechtheit er überzeugt ist, bricht den Eid, den er geschworen, „wissentlich keine falschen und unrechten Aufzüge zu brauchen." Jeder Concipist, der eine Erklärung in diesem Sinne entwirft, bricht die gleiche Pflicht, die er einst beschwören will und die schon jetzt nicht minder heilig auf seinem Gewissen liegt, „aus ganz treuer Meinung der Gerechtigkeit zu handeln und gegen kundbare Rechte nicht fürzusprechen." Beide lassen auf vernehmliche Weise durchblicken, daß ihnen das Interesse, ihre Praxis einträglich zu machen, höher liege, als die Pflicht, die Sache, welche sie vertreten, auf dem kürzesten Wege ihrem Ausgange zuzuführen [10]).

Um nichts weniger empörend für die Moral wie für den gesunden Verstand ist der bis zum Unsinne getriebene, aber immer noch geduldete Mißbrauch der Eventualmaxime, wonach der Beklagte oder vielmehr sein Fürsprecher, — denn er selbst würde etwas ähnliches nicht wagen oder nicht für möglich halten, — die ganze

---

9) Ein Beispiel zur Erläuterung. In einer Erbschaftsstreitigkeit wurde von dem Appell.-Gerichte folgendes Beweisinterlokut erlassen: A. „Kläger habe zu beweisen, 1) daß G. und dessen Ehefrau dem Beklagten H. einen Heirathsgutsrest (der letzteren) von 1800 fl. auf Handschein vom 5. Nov. 1848 als Darlehen belassen, und 2) daß G. von diesen 1800 fl. ihm Kläger den Betrag von 1500 fl. am 27. Dez. 1849 cedirt habe. B. Beklagter H. habe eventuell zu beweisen, daß G's. Ehefrau durch Testament vom 29. Juli 1849 bestimmt habe, daß, falls ihre Tochter minderjährig sterben sollte, ihr in … bestehendes Vermögen ihren im Testamente genannten Geschwistern zufallen solle." Handschein, Cession und Testament lagen den Prozeßschriften bei, waren nur formell nicht anerkannt. Der wahre Sinn des Interlokutes war demnach der, Beklagter sei von der Klage zu entbinden, weil das Testament ihn von der Herausgabe liberire; das wahre Ziel seiner Auflage ging nur dahin, jeder Theil habe vorerst die Aechtheit der von ihm vorgelegten Urkunden durch ein Produktionsverfahren festzustellen, welches doch der Unterrichter nach geschlossener Verhandlung auf der Stelle von Amtswegen hätte verordnen können. (RNr. 559, 52/53.)

10) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XII. S. 54. „Es leuchtet ein, daß das blinde gedankenlose Verfahren die wissenschaftliche Thätigkeit des Advokaten zu einem Handwerk erniedriget, und zwar zu einem Handwerk, das seine Abnehmer mit ansehnlichen Kosten auf das schlechteste bedient."

Erzählung der Klage Wort für Wort abläugnet, aber eventuell für den Fall, wenn sie je erwiesen werden sollte, mit Einreden hervorrückt, welche mittelbar das klarste Zugeständniß der Thatumstände enthalten, worauf die erste sich stützte. Die gemeine Meinung wagt es bisher noch immer nicht, ihn bei seinem eigenen Worte zu erfassen und sich über jene bodenlosen Widersprüche unbeachtet hinwegzusetzen. Es fällt wirklich schwer, zu glauben, bis zu welcher Höhe diese schamlose Verkupplung von Widerspruch und Geständniß hinauf geschwindelt werde, und noch mehr, zu begreifen, wie die Richter im Angesichte einer so schmählichen Begegnung ihren Gleichmuth zu bewahren vermögen [11]).

Zwar beruft man sich auf der anderen Seite, um die Strenge dieses Vorwurfes zu mildern, zuweilen noch mit vieler Salbung auf das Recht der Vertheidigung, dem die breiteste Grundlage verliehen sei und stets offen bleiben müsse. Allein man sollte nur bedenken, wie groß der Unterschied zwischen dem Kriege zweier Mächte oder Völker, die keinen oberen Herrn über sich anerkennen, und dem redlichen Kampfe zweier Parteien sei, welche über ein Privatrecht uneins geworden, und die Entscheidung ihres Streites von einem Richter erwarten, dessen Ansehen von einer höheren Macht über beide gestellt ist. Nirgends läßt sich hier ein Vergleich mit einem Angeklagten aufstellen, welcher sich durch sein Abläugnen der Strafe zu entziehen sucht, die Niemand einen Vortheil bringt, während die grundlose Weigerung einer beklagten Partei, dasjenige zu erfüllen, was sie versprach und schuldig ist, nie den Schatten eines begangenen Unrechtes an ihrem Gegner von sich abwenden kann. Das Anrufen der gerichtlichen Hilfe wider denjenigen, der nicht zu vermögen ist, sich gutwillig einem Begehren zu fügen, kann in der staatlichen Ordnung nie für eine Handlung der Feindseligkeit oder eines böswilligen Ueberfalles gelten, weil der Ausspruch, der auf diesem Wege das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten wieder

11) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XIX. S. 241 ff. und die dort angeführten Beispiele; desgl. Anh. II. Nr. 5. — Der englische Prozeß läßt unbedenklich die Einrede für ein Bekenntniß des Klagegrundes gelten. Das Zugeständniß, welches durch eine Exception dem Kläger gemacht wird, ist stillschweigend in derselben enthalten (implied colour, gleichsam eine daraus vorschimmernde Färbung). Indem z. B. der Beklagte einer Contraktsklage einfach die Einrede der Minderjährigkeit entgegensetzt, erkennt er von selbst an, daß er das von dem Kläger behauptete Versprechen wirklich gegeben habe. Rüttimann, engl. Civilprozeß §. 302.

herstellen soll, selbst die Vermuthung der höchsten Gerechtigkeit für sich hat; die hartnäckige Gegenwehr gegen einen solchen Angriff, mit allen Waffen versucht, die der Beklagte in seiner Nähe findet, ist also nicht als eine Vertheidigung im Zustande erlaubter Nothwehr zu erfassen, sondern vielmehr selbst eine störsame Widersetzlichkeit gegen die Gebote des Rechtes und die Gesetze des Staates, die keine Nachsicht verdient. Würde die Lage, in seinem Rechtsfrieden angegriffen zu sein, schon für sich genügen, um jede Vertheidigung zu erlauben, so müßte es auch angehen und entschuldbar erscheinen, wenn ein verurtheilter Schuldner den Gerichtsboten, der ihm zuletzt seinen Hausrath abpfänden will, zur Thüre hinauswirft.

Diese ganze Sache hat indessen, beim hellen Lichte des Tages besehen, noch eine weit ernsthaftere Seite. Wenn man jene Masse von Gesetzen und Verordnungen, wie solche oben angeführt sind und die alle darin übereinstimmen, den Parteien und Anwälten in dem ehrenhaften Kampfe um Recht und Gut die Treue der Wahrheit und den guten Glauben zur Pflicht zu machen, einem Ueberblicke unterwirft und auf kurze Zeit mit dem Nachdenken darauf verweilt, so muß jeder Widerspruch einer wohlbekannten und unbezweifelten Thatsache, jede Abläugnung einer unverdächtigen Urkunde, moralisch betrachtet, als ein Versuch der Unterschlagung oder des Betruges erscheinen, und ein Jeder, der zu einer solchen Handlung seinen Rath ertheilt oder ihr sonst einigen Vorschub leistet, als ein Anstifter der ersteren, als Gehilfe des letzteren, als Begünstiger von beiden sich vor aller Welt hinstellen.

Nur einen Augenblick Geduld.

Wenn derjenige, der von seinem Freunde eine Uhr entlehnte, ihm dieselbe auf Zurückfordern abläugnet, so begeht er eine Unterschlagung, das ist gewiß; wenn er, zum Eide getrieben, die drei Finger in die Höhe erhebt, vor ein Kruzifix tritt, und versichert, sie nie erhalten zu haben, so schwört er einen Meineid, das ist wieder gewiß. Wenn er aber auf die Klage desjenigen, der ihm in der Noth damit ausgeholfen, dessen wahrhaftige Erzählung der Geschichte widerspricht, so sollte er in seinem Rechte sein, in seinem Rechte deshalb, weil er vor seinem Richter steht, dem er doch Achtung zu erweisen, noch besonders verpflichtet ist? Ganz das nämliche Faktum, welches zwischen Unterschlagung und Meineid in der Mitte steht, sollte erlaubt, sollte ehrenhaft bleiben, sollte selbst pflichtmäßig sein und ungeahndet dahin gehen dürfen, weil sich der säumige Schuldner gegen eine Klage vertheidiget, weil sich Niemand

gerne auspfänden oder von Haus und Hof vertreiben läßt, weil es in der juristischen Welt einmal auf solche Weise herkömmlich und seit vielen Jahren gangbar ist? Vielmehr tritt noch als erschwerend der weitere Gesichtspunkt hinzu, daß der hinterlistige Fürsprecher durch seinen planmäßigen Rückhalt immer eine beleidigte Amtsehre an dem Richter selbst begeht, quia Praetorem contemnere videtur, (fr. 11 §. 4 de interr. i. j. f.) Doch nein, man möge vorschützen, was man will, er ist nicht erlaubt und nicht ehrlich, der schmähliche Handel mit Mystifikationen, wenn man lieber so sagen will, er ist wohl üblich und geduldet, er ist vor Allem einträglich, allein er steht auf dem Gipfel des bösen Glaubens, aller mala fides et fallacia [12]).

Wenden wir indessen unseren Blick von diesen großen Mißbräuchen in der Weise, wie man die streitigen Rechtshändel vor Gericht betreibt, nach einem so widerlichen Eindrucke hinweg, so liegt die Verhandlung eines deutschen Prozesses durch das erste Verfahren hindurch noch immer im Argen und man möchte fast sagen, im Aergerlichen. Sie ist ein schwerfälliger Mechanismus von scholastischer Steifheit und heimtückischem Wesen, der seine matte Lebenskraft methodisch in abgemessenen Schritten nach dem ferne liegenden Ziele fortschleppt. Von demjenigen, was sie am meisten und nur allein sein sollte, davon hält sie sich stets in großer Entfernung, von einer einfachen, freien und offenen Erzählung, von einer gesunden und natürlichen Darlegung des ganzen Herganges der Sache, wie sie wirklich war, mit allen erheblichen und beachtenswerthen Umständen, von einem eifrigen Austausche vernünftiger Aufklärungen, um über das wahre Bild der Streitfrage Licht und Leben zu verbreiten. Die bayer. GO. hat ihr diese Aufgabe bestimmt und in einer Fassung vorgezeichnet, welche sich selbst als ein Muster der Einfachheit empfiehlt. Nach K. III. §. 7 sollen sich vor Anfang des Streites Kläger und Beklagter bei Rechtsverständigen mit wahrhafter und unverdunkelter Erzählung der Geschichte und aller Umstände Raths erholen; beinahe könnte es scheinen, als hätte man aus diesen Worten herausfinden wollen, es sei dem rechtsgelehrten Rathe erst vorbehalten, jene Geschichte unwahrhaft zu machen und wieder zu verdunkeln. Nach K. IV.

12) Wehe denen, ruft der Prophet Jesaias aus, die das Böse gut nennen, und das Gute bös, die Finsterniß machen zu Licht und Licht zu Finsterniß, die Bitteres machen zu Süßem und Süßes zu Bitterem. (Allgem. Zeitg. v. 1857, S. 3339.)

§. 7 Nr. 2 ist die Geschichte rein, deutlich und kurz, jedoch mit Anführung aller erforderlichen Umstände vorzutragen, und nach K. VI. §. 8 sollen die Einreden deutlich, ordentlich und umständlich, jedoch ohne Einmischung unnöthiger zur Sache nicht gehöriger oder unerfindlicher Dinge vorgetragen, auch, wenn die Klage in mehreren Punkten, d. i. Posten besteht, solche punctatim in der nämlichen Ordnung beantwortet werden; nach K. IV. §. 15 und K. VI. §. 12 versteht sich das obige auch von allen übrigen Prozeßschriften. Diese einfachen Vorschriften sind längst einer beklagenswerthen Vergessenheit anheimgefallen. Einen großen Theil der Schuld hieran trägt der Umstand, daß die ganze Verhandlung einer Sache ganz unnöthiger Weise unter den formalistischen Druck einer Menge von Regeln gestellt wurde, wie das Vorbringen und das Antworten beschaffen sein müsse und wie solches aufzufassen, wie das Reden oder Schweigen in Anschlag zu bringen, das Erscheinen oder Ausbleiben zu deuten sei. Alles ist hier positiv abgemarkt, nichts dem freien Ermessen des Richters überlassen. So darf namentlich der einfachen aber widersprochenen Behauptung kein Glaube geschenkt werden, wenn dieselbe auch noch so glaubwürdig von allen Umständen bekräftiget ist und gleichsam von selbst auf den Vordergrund der Beurtheilung hervorspringt; — der unvollständige oder unbestimmte Widerspruch ist ohne Wirkung; — eine einzelne Thatsache, die von dem anwesenden Gegner in seiner Antwort mit Stillschweigen übergangen wird, gilt für zugestanden, eine in Abschrift mitgetheilte Urkunde für anerkannt, wenn sich die Erklärung über ihre Aechtheit nicht besonders vorbehalten wird; der allgemeine Widerspruch ist zwar unzulässig und ohne Wirkung, allein für den Ungehorsamen, der ganz ausbleibt, wird er nicht blos erlaubt, sondern seiner Weigerung, zu erscheinen, selbst wieder als eine fingirte Erklärung unterschoben, die Urkunden gelten von ihm für diffitirt, wenn sie nicht in beglaubigter Abschrift mitgetheilt waren, was gewiß ein auffallender Widerspruch des Gesetzes mit sich selbst ist. Nichts von all' diesen Regeln und vielen anderen wäre nöthig und bedeutsam, sobald nur, wie solches im französischen Civilprozesse der Fall ist, den Richtern nach den Regeln der gewöhnlichen Umgangssprache überlassen bliebe, ungebunden zu prüfen, worüber die Theile unter sich einig oder im Widerspruche begriffen, was und wieviel von dem Vorbringen eines Jeden von seinem Gegner widersprochen, auch im Ernste widersprochen sei und noch eines Beweises bedürfe, ferner in wie weit der versammte Widerspruch eines zusammenge-

setzten Faktums jeden einzelnen Punkt, der darin begriffen ist, mit umschlinge und darauf zu beziehen sei. Man würde vergebens hiegegen einwenden, eine solche Zügellosigkeit der Auffassung weiche in dem Grade von allen Rechtsbegriffen ab, daß das ängstliche Gewissen rathlos davor zurückweiche und seine Zweifel darin nicht zu lösen vermöge. Wenn der Angeklagte auf seiner Bank eine Frage des Präsidenten gar nicht, oder nur ausweichend, oder unbestimmt, nur halb und widersprechend beantwortet, wenn er auf den Vorhalt eines Zeugen die Augen zu Boden schlägt und verstummt, wenn er verschiedene Ausreden durcheinander wirft, oder im bunten Wechsel, sobald eine widerlegt ist, im Widerspruche mit ihr eine andere vorschiebt, wenn er sich auf eine blose Verneinung aller Vorhalte beschränken wollte, ohne mit einer anderen annehmbaren Erzählung des ganzen Vorfalles herauszurücken, wer sagt alsdann den Geschwornen in all' diesen Fällen, wofür sie Antworten und Schweigen, Widersprüche und handgreifliche Lügen, wofür sie das Verstummen oder Stottern oder das Verwickeln in die eigenen Worte zu nehmen haben? Noch nie hat einer derselben eine Scala von Regeln verlangt oder nur wünschenswerth gefunden, um seine Ueberzeugung daran auf- und abzuschieben, wie den Nonius eines Barometers. Hiegegen läßt sich auch nicht wohl sagen, man könne doch den Beklagten in seiner Freiheit nicht gleich einem Angeklagten behandeln, der aus dem Gefängnisse kömmt und wieder dahin zurückwandert. Denn dieser letztere sucht nur der Strafe zu entgehen, jener erste dagegen sich einer ganz materiellen Verpflichtung zu entwinden, deren versagtes Anerkenntniß seinem Gegner ein bitteres Unrecht zufügt.

Das erste Gebrechen in der Verhandlung eines deutschen Prozesses, welches meistens auf der Schwelle steht und sich von hier aus über den ganzen Verlauf der Sache ausbreitet, beruht häufig schon in dem Mangel einer gründlichen und alles Nöthige umfassenden Information der beiden Anwälte. Das fr. 42 de R. J. hat denselben klar zur Pflicht gemacht, et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere, das heißt wohl soviel als, jeder derselben solle, soweit ihm die Mittel dazu zu Gebote stehen, eine kleine Voruntersuchung einleiten, ehe er zur Aktion selbst übergeht und sich gleich von vorne herein für den ganzen Verlauf der Sache in Bereitschaft setzen, mit allen Waffen ausrüsten, er müsse zur Erwiederung auf alle Einreden, zur Antwort auf leicht vorhersehbare Widerklagen gleichwie zur Bewältigung

anderer Zwischenfälle von einer genauen Kenntniß der Sache durchdrungen sein, auch in ihren Verzweigungen der zweiten Ordnung; er solle insbesondere gleich zu Anfang alle Beweismittel kennen und in Händen haben, die seiner Partei zur Verfügung stehen, woraus sich die Wechselfälle des Ausganges am besten beurtheilen lassen. Allein statt dessen ist aus Allem ersichtlich, daß sich unsere Anwälte mit den oft sehr ungenauen und dürftigen Angaben ihrer Partei begnügen und sich insbesondere am Anfange einer Sache wenig oder gar nicht um die Beweismittel kümmern, aus denen sich doch die Haltbarkeit eines Anspruches am besten bemessen und der zu erwartende Ausfall seiner Verfolgung vorher sagen läßt. Daher kömmt es, daß sie auf die späteren Handlungen, auf Repliken und Beweisantritte so wenig gefaßt sind oder solches wenigstens zum zugelassenen Vorwande nehmen. Nach mitgetheilter Vernehmlassung sucht zwar der Anwalt des Klägers meistens eine Vertagung nach, um mit diesem weitere Rücksprache zu pflegen; dieses sollte dann auch auf der Stelle oder doch in den ersten drei Tagen, scheint indessen nur in den wenigsten Fällen wirklich zu geschehen; jener Einwurf ist nur der übliche Vorwand, um zu Hause lange Re- oder Dupliken durch den Concipisten mit Muße anfertigen zu lassen, die doch in der Absicht des Gesetzes nichts anderes sein sollten und gleich allen Beweisantritten, Beweiserklärungen, Restitutionsgesuchen, Nebenverantwortungen und dergleichen vollkommen ausreichend auch sein könnten, als die motivirten Anträge, die der Vertheidiger im Laufe einer Verhandlung vor dem Schwurgerichte aus dem Kopfe auf einem halben oder ganzen Bogen niederschreibt und auf den Tisch des Präsidenten hinterlegt. In den meisten Fällen verfolgt der Concipist des Anwalts oder dieser selbst nur die in seiner ersten Information vorfindlichen Notizen als Operationslinie unbekümmert bis an das Ende; weitere Aufklärungen von seiner Partei zu erholen, verschmäht oder findet derselbe nicht mehr Zeit, wenn die Sache auf dem Terminskalender steht und daher vorgenommen werden muß. Stößt derselbe zufällig auf einen neuen Umstand, worüber sich in der Information keine Aufklärung findet, so widerspricht er ihn vorsorglich, weil er ihm unbekannt sei, wobei er sich darauf verläßt, daß der Widerspruch seiner Partei nichts schaden, die nähere Erkundigung aber der Gegenpartei nur nützen könnte. Steht ein verwickeltes Faktum, verworrene Abrechnungen, verschlungene Beziehungen einer Gesellschaft oder ähnliches betreffend in Frage, so vermißt man sehr häufig jedes gründliche Eindringen des

Anwaltes in die Eingeweide seines Falles; alle Schriften drehen sich dann nur um eine platte Ueberarbeitung seiner ersten Information. Jene genaue Kenntniß der Sache bis in die kleinsten Einzelnheiten, mit allen Haupt- und Nebenumständen, die doch gewöhnlich so viel Licht über das Ganze verbreiten, wie sie aus den Reden eines französischen Anwaltes hervorleuchtet, jenes Drücken an dem gefüllten Schwamme des Sachverhaltes ist aus unseren Prozeßschriften ganz verschwunden, was sich zum Theile auch daraus erklären läßt, daß jene Einzelnheiten bei der Beschränkung der Richter auf Beweisgründe von positivem und materiellen Gehalte für den Erfolg der Sache denn doch zuletzt wieder verloren gehen würden.

Kömmt nun die Sache selbst in's Treffen, so sollten, wie bereits oben bemerkt, andere Regeln, als die des Strebens nach der höchsten Klarheit, für die Verhandlung der Sache nicht bestehen. In diesem Sinne erließ bereits der Kaiser Constantin die Verordnung, welche oben an der Spitze dieses Abschnittes steht; die Kaiser Theodosius und Valentinian gaben nach derselben Richtung hin in der folgenden C. 2 eod. (2, 58) die Vorschrift: Nulli prorsus non impetratae actionis in majore vel minore judicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit. Der jüngste Reichsabschied hat den articulirten Libell verboten, die bayer. GO. K. IV. §. 11 hat ihn nur unter Beschränkungen noch zugelassen. Dessen unerachtet finden wir denselben in unseren gewöhnlichen Verhandlungen nicht nur repristinirt, sondern auch die reinste Blüthe einer veralteten Formular-Jurisprudenz im vollen Schwunge. Statt auf alle Weise die größte Lichtmasse auf das streitige Faktum zu werfen, läßt sich jeder Anwalt angelegen sein, so wenig als möglich zu sagen, vielmehr alles nach Kräften zu verdunkeln, um sich nur ja eine zweifelhafte Beweislast durch die größere Offenheit nicht auf die Arme zu laden. Die einzelnen Sätze werden auf Schrauben gestellt, die Argumente hinken ihnen auf Stelzen nach, der schweigsame Rückhalt artet oft in eine wahre Geheimnißkrämerei aus. Der äußere Bau und die innere Haltung jeder Prozeßschrift strebt darnach, ein kunstgerechtes Schulprodukt aufzutischen und ist nirgends mehr in den Wegen der Natur und der Einfalt, der schmucklosen Wahrheit zu finden; man wird dabei von selbst an das bekannte Wort eines berühmten Diplomaten erinnert, daß die Sprache dem Menschen nur gegeben scheine, um seine Gedanken zu verbergen. Ist eine Sache wichtig und verwickelt, so glaubt man in den vielblättrigen Prozeßschriften zum

Theile Palimpsesten — codices rescripti — vor sich liegen zu haben; um sie zu enträthseln und zu verstehen, was unter der Oberfläche verborgen lauert, gehört eine geheime Kunst der Diplomatik dazu.

Der Kläger, statt gleich auf dem ersten Schritte die Sache von allen Seiten zu beleuchten, hütet sich wohl, eine Replik zu anticipiren oder voreilig nur etwas von dem zu berühren, was er von seinem Widersacher zur Entgegnung erwartet; der Beklagte läßt seiner Antwort ein ganzes Heer nutzloser Voreinreden, wie die zerstreuten Plänkler einer Angriffs-Colonne vorhergehen [13]). Stereotyp hierunter ist immer die des dunkeln Klaglibelles oder des inneren Widerspruches. Hört man den Beklagten in seiner Antwort, so ist jede Klage inept, keine gehörig substanzirt; hiemit will durchaus nicht gesagt sein, der Beklagte verstehe die Klage nicht oder wisse sich nicht darauf zu vertheidigen, sondern nur soviel, der Kläger habe, was nur ihm obliege, unterlassen, seine Klage in den Thatsachen consequent zu entwickeln, alle Umstände seines Vorbringens gehörig klar zu machen. Die einzige natürliche Weise, den Angriff auf die s. g. Substanzirung einer Klage zu machen, bestünde nur darin, wenn der Beklagte nun selbst den wahren Verlauf der Sache von freier Brust hinweg erzählte; allein dieser hütet sich wohl, etwas zu ergänzen, was zu den Pflichten seines Gegners gehörte und dessen Vermissen er als einen glücklichen Fund für sich betrachtet.

---

13) Im englischen Prozesse finden sich die dilatorischen Einreden mit entschiedener Ungunst behandelt, weil sie oft zum Zwecke haben, den Kläger zu chicaniren. Deshalb hat der Beklagte von Mittheilung der Klage an nur eine Präclusivfrist von vier Tagen, um solche vorzuschützen und muß überdies ihren Inhalt mit einem Affidavit (jur. cal. spec. extrajud.) eidlich erhärten. Erwirkt der Kläger mit seiner Gegenbemerkung hierauf (Demurrer genannt, von den Anfangsworten der technischen Formel demorari facias) alsbald eine Verwerfung der Einrede (s. g. procedas ouster, d. i. ultra, unsere Verurtheilung zur verweigerten Einlassung), so kann zwar der Beklagte noch eine zweite Voreinrede vorwenden; unterliegt derselbe hingegen mit dem versuchten Beweise seiner dilat. Ausflucht, so erfolgt unter der Formel quod recuperet sogleich ein Endurtheil zu Gunsten des Klägers und der Beklagte bleibt mit seiner ganzen Vertheidigung in der Hauptsache ausgeschlossen. Rüttimann a. a. O. §§. 258, 259. Der Beklagte muß überdies die Formen der dilatorischen Einreden strenge einhalten, weil die Gerichte diese Antwort sehr mißliebig aufnehmen und deshalb jeden Fehler hierin zu Gunsten des Klägers benützen. §. 290 ebendas. Ein solches Demurrer, d. i. exceptio obscuri et inepti libelli voranzuschieben und aushilfsweise die Verneinung des Klagegrundes nachfolgen zu lassen, ist gar nicht erlaubt. §. 313 ebendas. Die Folge von allem dem ist ein sehr seltener und behutsamer Gebrauch der Voreinreden.

Geht der Beklagte aber wirklich hierauf ein, so rügt der Kläger nun umgekehrt, man habe ihm eine s. g. berichtigte Geschichtserzählung entgegen gestellt, gleichsam als wisse er nicht, was er damit anfangen solle, als sei der ganze Beruf des Beklagten, auf all' seine Fragen nur ja oder nein zu sagen und dann Einreden vorzuschützen. Die allein vernünftige Form der Verhandlung, daß beide Theile ihre Erzählungen des Vorfalles einander gegenüberstellen und dann dem Richter überlassen, die Uebereinstimmung oder Abweichung von selbst herauszufinden, ist unbekannt oder jedenfalls unregelmäßig und ganz ungewöhnlich [14]). Statt dessen gibt der Beklagte in der Regel eine lange Kette der frivolsten Widersprüche jedes einzelnen Satzes, sich an die Reihenfolge der Klage anschließend, womit also der artikulirte Libell mit all' seinen Mißbräuchen wieder in's Leben gerufen und die ganze Klage in einer negativen Umschreibung wiedergegeben wird. Die Pflicht zum speziellen Widerspruche ist der Vorwand für diese formalistische Behandlung des Schriftenwechsels; allein jene Pflicht wird dessen unerachtet entweder mißverstanden oder auffallend verdreht und jedenfalls sehr ungenügend erfüllt. Sobald der Beklagte widerspricht, ist er selbstverständlich auch verbunden, zur Aufklärung der Richter etwas Anderes an die Stelle des widersprochenen und daher ausfallenden Umstandes zu setzen und seinerseits zu sagen, wie die Sache wirklich vor sich gegangen, wenn er auch keine Einrede zu eigenen Gunsten daraus herleitet, blos im Interesse der allseitigen Aufhellung des wahren Sachverhaltes [15]). Nur so kann die Pflicht zur speziellen Beantwortung der Klage verstanden, und nur so angenommen werden, es sei ihr Genüge geleistet. Allein hieran denken unsere meisten Beklagten gar nicht; das zurückgebliebene Dunkel ist ihnen vielmehr ein sehr willkommener Umstand, um im Trüben zu fischen oder ihren Gegner in der Finsterniß leichter ersticken zu können [16]).

---

14) Der oberste Gerichtshof hat sich bereits dafür ausgesprochen, daß das Aufstellen einer berichtigten Geschichtserzählung eine genügende Art sei, eine Klage speziell zu beantworten. Bl. f. RA. Bd. XIX. S. 350.

15) Im englischen Prozesse ist auf diesem Punkte der Beklagte mißlicher gestellt, als der Kläger. Während dieser, wenn er ein Eigenthum oder jus in re aliena geltend macht, das Rechtsverhältniß einfach benennen oder sich auf Anführung desselben stützen kann (fund. ag. proximum), so muß hingegen der Beklagte, welcher ein solches Verhältniß seiner Einrede zu Grund legt, die Beschaffenheit und in den meisten Fällen auch die Entstehung desselben mit ziemlicher Bestimmtheit anzeigen. Rüttimann, a. a. O. §. 305 Nr. 1.

16) Z. B. Ein Schuldner klagt auf Löschung einer Schuld von 410 fl. im

Am Schlusse folgen die zerstörlichen Einreden, an deren Spitze meistens die dilatorischen nochmals ganz widersinnig, soweit sie etwa voraus nicht durchzugreifen vermöchten, als peremptorische wiederholt werden. Jene zerstörlichen Einreden selbst werden oft massenhaft übereinander geschichtet, sie mögen unter sich oder mit der vorhergehenden Antwort auf die Klage in noch so grellem Widerspruche stehen[17]). In der Replik beharrt sodann der Kläger gewöhnlich Satz für Satz auf seinen Angaben und widerspricht nur die Einreden seines Gegners, ohne etwas neues dafür zu geben; in der Duplik beharrt der Beklagte nochmals auf seinen Widersprüchen, so daß nun schon drei Paraphrasen der Klagsgeschichte,

---

Hypothekenbuche, weil er den Gläubiger längst vollständig bezahlt habe; der Gläubiger widerspricht, daß er vollständig bezahlt sei und verweigert deshalb die Löschung. Nach einem langen Beweisverfahren zeigt sich, daß der Schuldrest noch in 10 fl. bestehe; warum sagte es der Gläubiger nicht gleich anfangs? — Im englischen Prozesse sind die s. g. prägnanten Verneinungen verboten und werden nicht beachtet, d. h. solche, welche mit mehreren Behauptungen so verschlungen sind, daß man nicht zu erkennen vermag, welche derselben und wie viel hievon eigentlich bestritten werden solle. Rüttimann, a. a. O. §. 300 Nr. 7.

17) Die Anhäufung verschiedenartiger Behelfe zum nämlichen Endzwecke ist im englischen Civilprozesse wegen früherer Mißbräuche sehr beschränkt worden. Die Klage darf sich zwar auf mehrere Gründe oder Sätze stützen (counts, gleichsam Artikel genannt), aber einen einzelnen Grund nicht unter verschiedenen Wendungen in mehreren Sätzen wiederholen. Früher durfte der Beklagte nie mehr als eine Einrede entgegensetzen, weil, wie man sagte, Niemand mit zwei Degen zugleich fechten könne; jetzt ist zwar solches zulässig, jedoch muß der Richter vorher eine besondere Erlaubniß dazu ertheilen, die indessen auch von einem Einzelnrichter (judge at Chamber, weil er auf seinem Zimmer richtet) ausgehen kann. Für die Schlußschriften besteht die alte Regel noch fort, daß jeder Einrede nur eine Replik, jeder Replik nur eine Duplik opponirt werden darf. Dagegen ist die Verbindung von Einreden mit einer Abläugnung des Klagegrundes noch immer nicht erlaubt. Die zwei charakteristischen Formen der peremptorischen Antwort auf die Klage sind abgesehen von Voreinreden (a plea in abatement, auf Niederschlagung des Verfahrens) nur plea by way of traverse, die negative Litiscontestation, oder plea by way of confession and avoidance, Einräumen des Klagegrundes und zerstörliche Einreden. Rüttimann a. a. O. §§. 39, 227, 260, 262 u. 269. In einer und derselben Sache dürfen aber nie entgegengesetzte Klagegründe oder Einreden miteinander verbunden werden (duplicity genannt, id most not be duple). Es soll der Rechtsstreit so in seine Elemente zerlegt werden, daß Richter und Geschworne es mit einem völlig gesichteten und geordneten Stoffe zu thun haben. §§. 278, 289, 292 ebendas.

an der man allein genug hätte, zum Vorscheine gebracht sind. Das Gericht selbst gleicht dabei dem Ambos, auf den die Hämmer beider Theile im Takte niederfallen, und das deren Schläge, solange sie forthämmern, auch ruhig dulden muß. Jede Prozeßschrift hat an der ihr nächst vorhergehenden immer soviel als möglich auszusetzen, sich selbst dagegen mit allen Federn einer abgenützten Logik aufzuputzen. Dabei wird Alles aufgeboten, um das eigene Vorbringen, soweit es nur immer geht, in eine verneinende Fassung einzukleiden; hat der Beklagte geantwortet, er habe einem Vertrage nicht beigestimmt, so wird ganz sicher die Replik widersprechen, daß derselbe seine Zustimmung nicht ertheilt habe. Eine ganze und lange Verhandlung wickelt sich auf solche Weise in dem eintönigen Wechsel von Strophen und Antiphonen ab: Unwahr ist und widersprochen wird — Widerspruchs unerachtet wird darauf beharrt — und dem gegentheiligen Beharren gegenüber wird nochmals der Widerspruch wiederholt. Oder auch: es wird darauf bestanden, daß ..., sachdiensam wird dagegen acceptirt, daß ..., jedenfalls muß erinnert werden, daß ...; diese und ähnliche Floskeln sind die Blüthe des juristischen Geschäftsstyles. Die schriftlichen Vorträge gehen gewöhnlich über diese Umschreibungen mit der Bemerkung hinweg: „Hier folgen die speziellen Widersprüche der Klage Satz für Satz;" das Concept einer Exceptionsschrift kann sich leicht dieselbe Abkürzung erlauben. Der allgemeine Widerspruch, den das Gesetz aus den Schriften ausmärzen wollte, nistet sich auf solche Weise nothgedrungen im Vortrage wieder ein. Dabei lauert jeder Theil auf die Schrift seines Gegners, um aus einem unberührt gebliebenen Umstande ein Geständniß herauszudrücken, wo an ein solches doch nicht zu denken ist [18])

18) Zwei Beispiele zur Erläuterung. Bei einem Schuldner waren neun Stück Mobilien in einem Schätzungswerthe von 165 fl. ausgepfändet; die Ehefrau intervenirte, wie gewöhnlich, mit der Vorgabe, daß die im vorgelegten Protokolle verzeichneten Mobilien ihr Eigenthum seien, worauf der Gläubiger widersprach, daß die in der Beilage zur Intervention aufgezählten Effekten Nr. 1—9 im Schätzungswerthe von 165 fl. Eigenthum der Ehefrau seien. Der Anwalt der letzteren replicirte sodann, dieses sei kein spezieller Widerspruch, das Eigenthum als Grund der Intervention daher zugestanden. Diese Behauptung verfolgte er durch alle drei Instanzen. (RN. 1070, 54/55.) Ein anderer Kläger behauptete, mit drei Schimpfworten vom Beklagten beleidiget zu sein, der letztere widersprach, den Kläger an seiner Ehre gekränkt zu haben, denn er habe auch nicht ein einziges Schimpfwort gegen denselben gebraucht. Kläger replicirte, dies sei kein spezieller Widerspruch, die Klage müsse daher als zugestanden

Ein großer Theil unserer prozessualen Fürsprache und der traurigen Art, sie zu betreiben, man kann es sich nicht mehr verhehlen, ist seit langer Zeit zu einer Kunst kleinlicher Kniffe und armseliger Schliche herabgesunken; ein ziemlicher Theil der Fürsprecher erblickt in ihrem Berufe eine auf hohe Prämien fundirte Assekuranzanstalt gegen die wirksame Verfolgung der klarsten Rechte. Der feierliche Gang eines deutschen Prozesses ist auf jedem Schritte von Fuchseisen und Wolfsfallen umstellt; Parteien und Anwälte machen eine unwürdige Jagd auf kleine Fehltritte und Uebersehen ihrer Gegner, die Gerichte steigen nicht selten herab oder finden sich genöthiget, hieran Theil zu nehmen [19]). Schon die Römer gaben ihren Sachwaltern den treffenden Namen eines praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum. (Cicero, de orat. — Boncenne, Introd. Ch. III.) Was sie damals waren, das sind sie noch [20]).

---

angenommen werden. Die I. Instanz erkannte hierauf wirklich, die Ausdrücke x—z seien von dem Beklagten als zugestanden anzunehmen. (RN. 1687, 53/54.)

19) Bereits vor 120 Jahren erschien ein Büchlein von einem gewissen J. G. Döhlern unter dem Titel: „Prozessualische Mausefallen, oder kürzliche Vorstellung, wie es bei Prozessen insgemein herzugehen pflegt und was man Gutes dabei zu hoffen habe.“ Koburg, 1739. Gleich in der Vorrede stimmt der Verfasser den Vers an:

Es geht dem Schriftenstellerchor
Im Beutelschneiden Niemand vor.

20) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Schuldner, von dem Cessionar seines Pariser Schneiders auf Bezahlung einer alten Kleiderrechnung zu 700 fl. belangt, welche er mehrmals schriftlich anerkannt und sich Zahlungsnachsicht erwirkt, ja sogar Wechsel dafür ausgestellt hatte, widersprach vor Allem, wie gewöhnlich, mittels einer negativen Paraphrase der ganzen Klage die Forderung, versagte allen Beilagen derselben die Anerkennung, fügte aber in einem besondern dritten Abschnitte seine peremptorischen Einreden bei, nämlich die Exceptio leg. Anast. et praescriptionis, und schloß endlich seine Vernehmlassung mit dem Satze: „Es rechtfertiget sich sonach immerhin, zumal auch — (hier sprang die Schrift auf die Kehrseite des Blattes hinüber, um glauben zu machen, es folge nur das Petitum) — eventualissime die eingeklagte Forderung, und zwar noch vor der angeblichen Cession an den Cedenten, oder doch an den Kläger selbst bezahlt worden ist, die Bitte, den Beklagten von der Klage zu entbinden.“ Der klägerische Anwalt übersah es in seiner Harmlosigkeit wirklich, diese versteckte und perfide Einrede in seiner Replik zu widersprechen, die erste Instanz nahm daher dieselbe für zugestanden an, und entband, wie gebeten, auf Grund der Einrede der Zahlung den Beklagten von der Klage. Als der klägerische Anwalt in seiner Berufung hiegegen das Vertheidigungssystem seines Gegners im Punkte der Loyalität lebhaft angriff, so fehlte wenig daran, daß sich der Beklagte dieses Kunststückes noch rühmte, indem er sich ausdrücklich auf den Satz berief: Vigi-

Dank all' diesen Verkehrtheiten ist das Faktum im deutschen Prozesse zum Manne mit der eisernen Maske geworden, der nur selten den Richtern erlaubt, durch ein Gewebe von Falschheit und Rückhalt in sein wahres Antlitz zu schauen. Die Kämpfer selbst führen durch ihre schulgerechten Bewegungen eine Art Eiertanz auf, bei dem sie auf jedem Tritte Gefahr laufen, durch eine kleine Unachtsamkeit eine gelbe Lacke auf dem Rechtsboden zurückzulassen. Die Wahrheit kömmt dabei gar nicht oder erst ganz zuletzt in Frage; fehlt irgendwo einer Partei in ihren Argumenten der Zusammenhang oder ein kleiner Uebergang, schnell wird ein erdichteter oder beliebig modulirter Umstand, wie die Annahme einer Zusage oder das Versprechen einer Gewährschaft, in die Mitte geschoben, indem man auf gut Glück rechnet, das Vergessen einer Antwort oder die Versäumniß einer Eideserklärung könne ihn am Ende immer noch zur formalen Gewißheit bringen. Dieser Zustand ist auf eine Stufe der Abgenütztheit herabgesunken, auf welcher er auch nicht das geringste Interesse mehr einzuflößen im Stande ist.

Man pflegt in neuerer Zeit die ganze Schuld dieser Verirrungen sehr gerne dem Gebote der speziellen Einlassung auf den Streit und Antwort auf die Klage zuzuschreiben, welches die Prozeßnovelle von 1837 gegeben hat, und glaubt eben hierin eine haltbare Entschuldigung zu finden. Allein noch nie ist ein Gesetz so auffallend mißbraucht und so schmählich hinter das Licht herumgeführt worden, als eben jene Bestimmung. Der Gesetzgeber hatte offenbar darauf gerechnet, ein Ueberrest von Schamgefühl würde Parteien und Anwälte zurückhalten, dasjenige ausdrücklich hinwegzuläugnen, was unter die breite Decke eines allgemeinen Widerspruches so leicht und unbemerkt, gleichsam aus unliebsamen Versehen mit hinunterschlüpfen konnte. Diese Erwartung wurde indessen bitter getäuscht; die Keckheit der besonderen Widersprüche bleibt hinter dem flachen Mißbrauche des allgemeinen um nichts zurück, ihr Erforderniß leiht nur einen willkommenen Vorwand dazu her, die Schriften um einen

lantibus jura sunt scripta. Der oberste Gerichtshof dagegen verwarf die Einrede der Zahlung als nicht genügend substanzirt. Jedes französische Gericht wäre darüber als nicht ernsthaft, überdies als über einen hinterlistigen Kunstgriff, dem Kläger den Schein eines nie beabsichtigten Geständnisses aufzubürden, hinweggegangen. Welcher Entscheidungsgrund ist nun der wahrhaftige und welcher hat den Nagel auf den Kopf getroffen? (RNr. 1457, 53/54.)

guten Theil ihrer Länge mit neuem Vorrathe anzufüllen und also ohne allen Nutzen noch kostspieliger zu machen[21]).

In diesen Prozeßschriften und ihrer regelrechten Abfassung bewegt sich noch immer mit Vorliebe die Kunst unserer Fürsprache, hier findet sie ihren offenen und gewohnten Tummelplatz; das freie Ausströmen von Licht und Wärme wird zu den unerhörten und lächerlichen Dingen gezählt, würde auch gleich auf dem ersten Anzuge an irgend einer steifen Formel der gebräuchlichen Erwiederung zurückprallen. In diesen Schriften wird ein Senfkörnlein des Gedankens mit der Kunst eines Goldschlägers in die Länge und Breite gestreckt, so daß es eine Tischplatte bedecken könnte; der Sache selbst wird damit ein sehr geringer oder zweifelhafter Dienst erwiesen. Und bei all' dieser Leere der Ideen, in welcher Fassung wird die Ausbeute auf den Markt gebracht, welch' ein Styl, welche Tropen und welche Figuren! Welche Eindrücke und welche schwer zu überwindenden Nachklänge läßt eine solche niedergeschriebene Rede zurück! Wie kann man sich erwehren, dabei an den lächerlichen Zopfstyl zu denken, welcher in der bildenden Kunst bereits so glückliche Parodien hervorrief? Das Ganze gleicht einem Frosch- und Mäusekriege, wie ein Ei dem andern.

Kömmt nunmehr die Reihe an den Richter, eine unter so unglücklichen Verhältnissen entfaltete Verhandlung seiner Prüfung zu unterwerfen, so sollte gewiß der erste und einzige Leitstern für ihn das Gebot des Kaisers Justinian in C. 13 de sent. (7, 45) sein, wo derselbe, um der Rechtspflege ihre Unabhängigkeit zu sichern, zur ersten Pflicht machte: Omnes judices nostros *veritatem* et legum et justitiae sequi vestigia sancimus. Ein Gleiches will auch die Clem. 2 de jud. (2, 1) mit den Worten: Procedi valeat de caetero *simpliciter et de plano ac sine strepitu judicii et figura.* Statt aber das ganze Gewebe von Nebelbildern zu zerreißen und blos jener natürlichen Evidenz zu folgen, in welche die Sache aus allen

21) Auch im englischen Prozesse gelten alle wesentlichen faktischen Behauptungen, welche in einer Parteischrift aufgestellt und vom Gegentheile nicht ausdrücklich bestritten wurden, für anerkannt; doch kann ein solches stillschweigendes Geständniß nur in dem nämlichen Prozesse selbst geltend gemacht werden. Rüttimann a. a. O. §. 312 Nr. 4 und §. 329. Der Kläger kann nur bezüglich des unbeantwortet gebliebenen Theiles seiner Klage ein Contumacialurtheil verlangen (s. g. judgement by *nil dicit*), im Uebrigen aber gleich dem Beklagten sich auf die Jury berufen, die also gebunden zu sein scheint, das Geständniß als bereits feststehend zu Grund zu legen. §. 293 ebendas.

Urkunden und Umständen des Falles hervortritt, sieht man unsere Richter in niedergebeugter Stellung, den Kopf über die Akten hängend, ihr Urtheil an den Buchstaben heften, die Silben zählen, die Worte auf die Waagschale legen, die Sätze unter der Lupe betrachten, Behauptungen und Widersprüche sich scharf gegenüberstellen, das kleine Versäumniß, ein Wort zu widersprechen, hoch anschlagen, vor jedem Nein und Nichtwahr gläubig, beinahe ehrerbietig zurücktreten und dabei all' ihren Scharfsinn aufbieten, um den wahren Stand der Thatfrage aus der dreifachen Hülle abzuschälen, mit der ihn die zum Uebermaaße gedehnte Verhandlung umgeben hat. Mit feierlichem Ernste wird der Klagegrund und jede Einrede, so unglaublich sie auch an sich sein mag, in dem wichtigen Punkte ihrer Substanzirung haarklein geprüft, was nur soviel sagen will, ob irgend eine Vorgabe auch in den Thatsachen gehörig entwickelt sei, es wird untersucht, ob eine niedergeschriebene Antwort auch bestimmt genug, kein Wort mit Stillschweigen übergangen und daher zugestanden sei. Zahlreiche Schwierigkeiten tauchen hiebei in jeder Ecke auf, z. B. ob eine erschienene Partei, die aber jede Antwort verweigert, für anwesend oder abwesend zu gelten habe, ob die vorbehaltene Einsicht des Originals einer Schuldurkunde genüge, das darin bekundete Rechtsgeschäft ungewiß zu erhalten, wenn nicht nebenbei ihr in der Schrift, der sie beiliegt, angeführter Inhalt noch besonders widersprochen ist, oder was daraus folgt, daß eine Urkunde zwar pro forma nicht anerkannt, aber dennoch aus ihrem Inhalte von dem Gegner, dem sie mitgetheilt ist, für sich wieder günstige Folgerungen gezogen worden, ferner ob der Widerspruch erklecklich sei, der einem gewissen Vorbringen in einer Voreinrede entgegengesetzt, aber in der eventuellen Einlassung, wohin er im Grunde gehörte, nicht wiederholt ist, um vor der Folge des fingirten Zugeständnisses zu schützen. Eine der ersten Regeln besteht hiebei darin, keiner Partei auf ihr Wort etwas zu glauben, mag es auch noch so wahrscheinlich sein und aus der Verkettung der ganzen Geschichte evident hervorleuchten, ja selbst das Notorische für Nichts gelten zu lassen[22]). Läßt

22) Vgl. Heffter's Institutionen des Civilprozesses, Tit. XI. §. 2. „Keiner Partei kann der Richter auf ihr Wort solche Anführungen glauben, aus denen sich vortheilhafte rechtliche Folgerungen für sie machen lassen. Jede Thatsache ist juridisch ungewiß und kann nicht als wahr angenommen werden, wenn sie von dem Gegentheil des Allegirenden geläugnet oder nicht zugegeben wird. Arg. C. 3 quib. ad libert. procl. (7, 18)." Dort heißt es aber: Quod vero

sich aber die Gegenpartei in ihrer Erwiederung ein kleines Versehen zu Schulden kommen, gleich wird die Schlinge zugezogen und ihr Widerstand unrettbar für vergeblich erklärt[23]). Von jedem Satze wird strenge verlangt, daß er die ihm gebührende rechte Stelle einnehme; eine Replik, die in der Klage anticipirt ist, kömmt in große Gefahr, wenn sie nicht in dem Repliksatze sich nochmals wiederholt, verloren zu gehen. Alle neuen Aufklärungen und Zusätze oder auch Berichtigungen von Irrthümern, um den wahren Hergang der Sache näher zu entwickeln, die in der Replik oder gar in der Berufung vorkommen, bleiben als verspätet, als unzulässige Nova oder unstatthafte Abänderungen der Klage im Hauptwerke außer Betracht, was dann zur reichen Quelle für Abweisungen in der angebrachten Art wird[24a]). Gleichwie in der Stadt Toulouse eine Akademie der Blumenspiele — Academie des jeux floreaux — d. i. eine Gesellschaft poetischer Wettkämpfe, ihren Sitz hat, so muß sich jedes deutsche Gericht von Zeit zu Zeit zu einer Akademie dialektischer Wortspiele hergeben, die sich mit grammatikalischen Grübeleien abmüht, aus der Wortfügung und Satzstellung langer Prozeßschriften das ewige Räthsel zu lösen, wie viel von einem Vorbringen zugestanden, wie viel von dem anderen abgeläugnet sei. Eine Stimme läßt sich hiebei die

---

petitur, *si fuerit negatione dubium*, ... petitio differetur, ut si fuerit probata libertas, ... omne, quod debetur, reposcatur. — Im englischen Prozesse scheint auf diesem Punkte ein Unterschied zwischen dem Verfahren des Einzelrichters und dem der Gerichtshöfe zu bestehen. Die Verfügungen des einzelnen Richters können auf einfache, durch keinen Eid bekräftigte Behauptungen der Parteien gegründet werden, bei welchen eine Abweichung von der Wahrheit um so leichter zu befürchten ist, als die Verhandlungen auf dem Audienzzimmer des Richters geheim sind. Ein Gerichtsbeschluß hingegen stützt sich immer auf ein Affidavit (jur. cal. spec.), welches überdies von dem Advokaten des Gegentheiles einer sehr genauen Kritik unterworfen wird. Rüttimann a. a. O. §. 147.

23) Um sich ja kein stillschweigendes Geständniß entschlüpfen und später vorhalten zu lassen, kam in einer fiscalischen Exceptionsschrift gegen hundertmal das Wort „angeblich" vor, welches der furchtsame Verfasser jedem Hauptworte voransetzen zu müssen glaubte, womit er eine Aufstellung der gegnerischen Klage zu berühren genöthiget war. (RNr. 1017, 57/58.)

24a) Ein Beispiel zur Erläuterung. Der actio emti auf Ueberlassung eines Grundstückes setzte der beklagte Verkäufer die Einrede entgegen, er habe nicht gültig verkaufen können, weil seine Frau Miteigenthümerin sei. Der Kläger replicirte hierauf, die Frau habe jedenfalls in den Verkauf eingewilliget; die erste Instanz wies dieses Vorbringen als eine unstatthafte mutatio libelli zurück. (RN. 210, 53/54.)

Klage vor Augen legen, um eine Hauptstelle nochmals zu lesen und in ihren Sinn einzudringen, eine andere erwiedert, es ist hierauf schlecht excipirt, als ob eine gerechte Sache durch etwas so Zufälliges, wie die unglückliche Einkleidung in Redensarten ist, verdorben werden oder etwas an ihrem reellen Werthe verlieren könnte, anstatt daß man vorzöge, aus allen Schriften nur die Absicht und den Geist auszuheben, was eine Partei sagen wollte, was sie sagen sollte, was sie als selbstverständlich hinzugedacht und im Vertrauen auf eine natürliche Fassungsgabe ihrer Richter nur unberührt ließ, anstatt daß man einen Widerspruch nur dann beachten und hiefür gelten lassen sollte, wenn derselbe auch mit guten Gründen unterbaut ist und aus der Verkettung aller Umstände in dem Grade als haltbar hervortritt, daß man ihm auch einigen Glauben zu schenken vermag. Statt dessen hält sich das Ganze in terminis einer scrutatio glebae adscripta.

Eine sehr beliebte Formel, hinter welche sich der Rigorismus formaler Erheischungen zu bergen sucht, ist die bekannte Abweisung der Klage angebrachtermaßen; unter ihren Schutz flüchtet sich nicht selten die Unlust der Entwirrung verzweifelter Rechtsfälle, während doch eine natürliche Pflicht allen Richtern den Antrieb verleihen sollte, jede Sache immer in dem Lichte zu betrachten, wie sie sich wirklich verhält, mit ihrer gewissenhaften Forschung so weit vorzudringen, als ihr ganzer Verlauf aus den Umständen des Falles erhellet, ungebunden durch die entstellenden Färbungen, welche ihr die Parteivorträge geben, unter mehreren Versionen einer Geschichte aber diejenige vorzuziehen, welche von allen die wahrscheinlichste ist[24b]). Statt dessen folgt man der alten Regel, wonach Niemand zum Beweise dessen zugelassen, keiner Partei also auch ein Umstand zu gut gerechnet werden kann, den sie nicht bestimmt behauptet hat. Die C. un. ut quae desunt, jud. suppl. (2, 11) verordnet ganz bestimmt: Non dubitandum est, Judicem, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis adsistunt, *minus fuerit dictum*, id supplere et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire; warum sollte dieser weise Rath vom Rechtspunkte nicht auch auf notorische Thatumstände, und vor Allem auf solche zu übertragen sein, die aus dem ganzen Zusammenhange einer Verhandlung mit Evidenz hervorleuchten? Auch die bayer. GO. K. VI. §. 9 läßt zu, Einreden von Amtswegen zu suppliren, die mit allen Erfordernissen aus

24b) Vgl. unten Abschnitt V Note 45.

den Akten hervorgehen; warum sollte der Richter das ganze Angriffs- und Vertheidigungssystem einer Partei nicht aus einer kritischen Verschmelzung der Aktenlage, wie im mündlichen Verhöre, sondern blos aus bestimmten Schriften, und selbst hier nur an jener Stelle, wohin jeder Punkt gehört, hervorsuchen und annehmen dürfen? [25])

Die Frucht dieser mühsamen und gelehrten Operation ist am Ende ein vielverzweigtes Beweisthema mit seinen copulativen und alternativen, eventuellen und supereventuellen Gliedern, mit seiner Staffelei von Sätzen, welche in ulteriorem und in ultimum eventum übereinandergestellt sind, und oft die römischen und arabischen Ziffern, das große und das kleine Alphabet zu ihren Eintheilungen verbrauchen, ja noch einen Theil des griechischen zu Hilfe rufen, das Beweisthema, dieser juristische Saldo von Wahr und Nichtwahr, diese kunstfertige Bilance des Contocurrent von Behauptungen, Geständnissen und Widersprüchen beider Theile, eine hypothetisch vorgegriffene Formulirung des Urtheiles über alle Rechtsfragen des Falles, je nachdem sich der als Schweif angehängte thatsächliche Bestand im Beweisverfahren positiv oder negativ herausstellt, mit einer geheimen nur im Sinne behaltenen oder zum Errathen aufgegebenen Bedeutsamkeit seiner Verkettung für den Ausgang der Sache, ganz unbekümmert darum, welchen Klang dasselbe auf den Anschlag des gesunden Menschenverstandes von sich gibt. Dieses Beweisinterlokut wird nach langen Beweisführungen in der Regel wieder zur Mutterschraube für eine Masse in gleichem Sinne verschlungener Eidesformeln, so daß im letzten Hintergrunde, wo Alles plan sein sollte, die ganze Frage des wahren Hergangs der Sache, die ihrer Natur nach doch die erste wäre, immer wieder über die Lippen der einen oder aus dem Verstummen der andern Partei ihre zweideutige Lösung zu finden hat. Mit einem Worte, wo man auch immer hinblickt, und wie man die Verhandlung der Sache im deutschen Prozesse zwischen die Finger nimmt, überall stößt man auf Nichts als tausend und eine Noth.

25) Englisches Recht. Mängel, welche nicht blos die Form, sondern die Darstellung des Klagegrundes selbst, somit das Wesen der Sache betreffen, indem z. B. juristische Thatsachen nicht vollständig aufgezählt worden sind, werden durch ein dem Kläger günstiges Verdikt der Jury wieder gut gemacht und ergänzt, insoferne angenommen werden muß, daß für die Thatsachen, welche in der Klageschrift gar nicht oder ungenügend angeführt waren, dennoch der Beweis geliefert worden sei. Rüttimann a. a. O. §. 288.

Ein von diesen flüchtigen Umrissen sehr verschiedenes und jedenfalls weit erfreulicheres Bild bietet auf allen Punkten, welche dabei in Berührung kamen, der französische Civilprozeß unserer Beobachtung dar. Die mündliche Verhandlung der Sache vor den Gerichten der ersten und zweiten Instanz bei offenen Thüren ist im Civil- wie im Criminalverfahren jenseits des Rheines das wichtigste und ergiebigste Element einer genauen Feststellung des Sachverhaltes, sie ist die glückliche und nie versiegende Quelle, aus welcher der natürliche Fluß der Wahrheit und des Lichtes seinen möglichst freien und beinahe immer genügenden Ablauf für die Aufhellung der Thatsachen und die Befestigung einer gründlichen Ueberzeugung der Richter nimmt. Das Zugeständniß des Gegners, die Uebereinstimmung beider Theile über die mitgetheilten Urkunden und die Aufklärungen, welche sie über die wichtigsten Umstände des Falles liefern, bilden die ganz regelmäßige und vorherrschende Conjunctur, unter welcher der Verlauf der streitigen Geschichte der Beurtheilung der Richter harmonisch entgegen, und leicht erfaßlich vor die Augen tritt. Dafür ist aber auch dem Bekenntnisse des Beklagten durch seine Untheilbarkeit ein Schirm gegen den Mißbrauch verliehen, da das Gesetz nicht zugeben kann, daß die Offenheit zu einer Falle werde, in welcher der Aufrichtige sein Zutrauen von dem Hohne eines gewissenlosen Gegners gefangen sehen könnte. (Anh. I. Nr. 51, 162.)

Wenn wir gleich hier an der Schwelle unserer Betrachtungen die Frage aufwerfen, worin denn das Geheimniß dieses wunderbaren Umschlages der Erscheinungen und Rechtszustände in beiden Ländern auf dem letzten Grunde beruhe, so ist der erste und weit überwiegende Erklärungsgrund hiefür in dem Umstande zu erblicken, daß in jenem Nachbarlande der niedrige Gemeinplatz: Si fecisti, nega, und der schmähliche Gebrauch der leichtfertigsten Widersprüche nicht in die Gewohnheiten der Parteien und die Gewerbsvortheile ihrer Fürsprecher übergegangen ist, und in keinem Falle jene tiefen und ausgebreiteten Wurzeln geschlagen hat, wie in dem unsrigen. Fragen wir an zweiter Stelle, wo dieser wichtige Unterschied herrühre und wie er sich erklären lasse, so liegt die Antwort gleich daneben, und sie kann nur dahin lauten: Weil alle Diejenigen, die es angeht, von der praktischen Einsicht geleitet und von der heilsamen Erfahrung durchdrungen sind, daß es sie nichts nützen würde, weil den Gerichten die Macht nicht entzogen ist, frei von einem unseligen Verständnisse der Verhandlungsmaxime sich selbst das nöthige

Licht zu verschaffen, das ihnen vorenthalten wird, und über die vorgefundenen Hemmnisse kurz hinwegzusetzen, weil sie sich vielmehr stark genug fühlen, auf den Frevel der pflichtvergessenen Abläugnung nicht nur die Schmach der Vergeblichkeit, sondern auch alle Nachtheile und bitteren Früchte eines so unsittlichen Vetheidigungssystemes zurückzuwerfen. Damit soll bei weitem nicht gesagt sein, als seien Parteien und Anwälte im wälschen Lande kostbare Muster von Wahrheitsliebe, als trügen sie die Geheimnisse ihrer Gewissen in der öffentlichen Sitzung voll Ehrfurcht ihren Richtern zur Schau; auch hier kommen auffallende Widersprüche der Thatsachen, unvereinbare Abweichungen der Angaben und Ausschmückungen des Halbwahren auf jedem Schritte vor. Aber sie verläugnen nur, was des Geheimnisses und des Widerspruches auch fähig, woran ein Zweifel noch möglich ist, wie insbesondere den geheimen Inhalt mündlicher Abreden, den verkleideten Charakter einer Willenshandlung, und vor Allem bei Vergehen und Klagen auf Schadensersatz den wahren Verlauf der Sache, das schuldhafte Begehen auf der einen, das unachtsame Unterlassen oder den Fehltritt auf der anderen Seite. Auf notorische Dinge, wie der Grundbesitz in einer Gemeinde, die Abstammung oder Verwandtschaft einer Familie, den Inhalt einer öffentlichen oder Privaturkunde, auf Dinge, die unter den Augen der betreffenden Partei selbst vorgingen, oder ihre eigenen Handlungen, auf Punkte, die dem Reiche der Oeffentlichkeit oder Offenkundigkeit angehören, erstreckt sich jener Widerspruch und das daran hängende Begehren eines vorgängigen Beweises in keinem Falle; Jedermann fürchtet mit Recht auf jedem Tritte, ein so schamloser Versuch würde auch all' seine übrigen Angaben vor den Richtern um allen Kredit bringen und nebenbei seine guten Behelfe mit Recht der Verdächtigung aussetzen, nach dem bekannten Spruchworte: Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht. Parteien und Anwälte hüten sich noch mehr, gleich in dem nächsten Athemzuge die widersprechendsten Einreden vorzubringen, welche das frivole Gewebe ihrer vorangeschickten Abläugnung klar durchblicken lassen; denn hiedurch würde die letztere von selbst wieder zerstört sein und das hervorleuchtende Geständniß in allen Fällen den wohlverdienten Vorzug finden. Die ganze Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung muß nach allen Seiten hin von einer harmonischen Concordanz sein, ein Widerspruch unter den einzelnen Behelfen wird darin nicht geduldet.

Zwischen allen Parteien eines französischen Prozesses, die im

Streite miteinander begriffen sind, bringt die Einlassung eine Art stillschweigenden Quasicontrakt zu Stande, der sie verpflichtet, Alles, was in ihren Kräften steht, zur Aufklärung ihrer Richter über den wahren Stand der Sache wechselseitig beizutragen, insbesondere auch durch die ungesäumte Vorlage aller Schriften und Urkunden, die in ihren Händen sind und sich hierauf beziehen; zwischen allen Anwälten besteht ein ständiger Kartell, sich in ihrer Fürsprache und dem Widerstande nur offener und ehrenhafter Mittel des Kampfes, die das Tageslicht nicht zu scheuen brauchen, aber nicht schleichender Kniffe oder jämmerlicher Ränke zu bedienen, wie der abgeschmackte Widerspruch einer offenkundigen und nicht bezweifelbaren Thatsache, die frevelmüthige Beanstandung einer ächten und ganz planen Urkunde ist, wo sie nur immer zum Vorscheine kommen mag. Das öffentliche Schamgefühl übt noch immer eine glückliche Herrschaft über die Haltung und die ganze Verfassung der gerichtlichen Beistandschaft aus, welche denjenigen, der sich ihr entziehen wollte, vor aller Welt und in den Augen seiner Amtsbrüder selbst nur verächtlich machen würde. Jene Pflicht, welche die bayer. GO. K. III. §. 7 den Parteien auferlegt, sich mit wahrhafter und unverdunkelter Erzählung der Geschichte und aller Umstände gleich anfangs Raths zu erholen, springt von selbst, und zwar ganz wirksam in verlängerter Richtung auf die Fürsprecher über und wird ihnen durch Art. 37 des kais. Dekretes v. 14. Dez. 1810 zur treu beobachteten Pflicht gemacht, indem es dort heißt: Die Advokaten sollen sich aller willkürlichen Unterstellungen in den Thatsachen enthalten, ebenso aller Ueberraschung in ihren Anführungen und anderer schlimmer Kunstgriffe, *ebenso der nutzlosen und überflüssigen Reden.*

Wie aber wenn bei all' diesem löblichen Eifer der Einzelne sich denn doch finden und einfallen lassen sollte, diesen Antrieb zu verschmähen, sich darüber hinwegzusetzen, könnte er den geordneten Fortlauf des Ganzen damit stören und nur Wehklagen hervorrufen oder was würde sonst die Folge hievon sein? Dann würde das Gericht, durch andere Zuflüsse und Umstände des Falles hinlänglich erleuchtet, über seine frivolen Verläugnungen ruhig hinwegschreiten und dieselben als *nicht ernst gemeint*, auch keiner ernstlichen Würdigung oder gründlichen Widerlegung für werth erklären. „In der Erwägung, daß der wirkliche Bestand dieses Darlehens *nicht ernstlich* geläugnet werden kann, — daß der Beklagte zwar die Voreinrede der Verjährung vorschützt, dieselbe aber *nicht ernstlich gemeint* ist, — daß,

soviel die Abstammung des Klägers von den vormaligen Besitzern des streitigen Gutes betrifft, dieselbe nicht ernsthaft widersprochen ist, — daß der Beklagte zwar behauptet, aber nicht bewiesen, ja den Beweis gar nicht ernsthaft angeboten hat, — daß, wenn man diese Einwendung in dem jetzigen Stande der Sache noch zulassen wollte, dieselbe nicht ernsthaft wäre, — daß nirgends ernstlich widersprochen ist, der Beklagte sei unter der Hand noch immer der wahre Eigenthümer der streitigen Aktien geblieben," und was ähnliche Fassungen der Gründe mehr sind. In der zweiten Gruppe des ersten Anhanges Nr. 5 bis 40 finden sich zahlreiche Beispiele von Urtheilen französischer Gerichte aufgestellt, worin dieselben Behelfe von mancherlei Art als nicht ernstlich gemeint zurückwiesen, die aber alle in deutschen Gerichten einen unterwürfigen, nicht über den Rand der Akten hinausblickenden Glauben gefunden hätten.

Dieser Entscheidungsgrund, der sich erlaubt, bis in die wahren und geheimen Absichten der Parteien hinabzusteigen, kann etwas gewagt und als eine Abschweifung von allen Regeln erscheinen, er mag einer ängstlichen Seele unheimlich und beinahe ungeheuerlich vorkommen; er ist aber gerade umgekehrt natürlich und treffend, er ist von entschiedener Wirkung, um allen Gelüsten der Chikane gleich beim ersten Auftauchen den Lebensfaden abzuschneiden; in ihm liegt eine so kurz entmuthigende aber wohlverdiente Geringschätzung nutzloser Umtriebe, daß das verletzte Ansehen der Gerichte keinen besseren Ausdruck für die Sache selbst erfinden könnte, um sich Genugthuung zu verschaffen. Mit diesem Entscheidungsgrunde allein, wenn wir ihn hätten oder uns den Zugriff auf ihn erlaubten, ließe sich die Hälfte der deutschen Beweisauflagen und Beweisverfahren noch vor dem Auslaufen aus dem Hafen über Bord werfen, um die Ladung eines Schnellseglers für die hohe See zu erleichtern. Seinen positiven Haltpunkt findet aber jener Erwägungsgrund, daß ein Vorschützen nicht ernst gemeint sei, in den Art. 193 u. 254 der franz. Prozeßordnung. Nach der ersten Stelle kann der Richter den Aechtheitsbeweis einer nicht anerkannten Urkunde nur verordnen, er muß es aber nicht, weil er dieselbe auf der Stelle selbst nach ihrem Anblicke als unverwerflich erkennen, oder als augenscheinlich verfälscht zurückweisen darf. Nach der zweiten Stelle kann der Richter einen Zeugenbeweis über einen ungewissen Umstand, auf den er stößt, nur verordnen, weil ihm eine billige Amtsgewalt zusteht, dessen Einfluß im Voraus zu veranschlagen, er muß

es nicht, was alles nach Art. 1366 C. N. nur desto mehr von dem Erfüllungs- und Reinigungseide gilt. Was ist also eine natürlichere Folge hievon, als daß das offen gebliebene Widerspiel jenes Könnens zu der Ermächtigung hingeleitet, auch ohne eine solche Nachhilfe der freigelassenen Forschung seine Erleuchtung vollständig in den übrigen Umständen des Falles zu schöpfen? [26a])

Wenn man diesen französischen Entscheidungsgrund, ein Widerspruch sei nicht ernst gemeint, einem deutschen Rechtsgelehrten, wie namentlich einem unserer gelehrten Herrn Collegen gelegenheitlich mittheilt, so kann man sicher sein, viele Heiterkeit damit zu erwecken, wo nicht gar sich mit einem lauten Gelächter erwiedert zu sehen, was soviel sagen will, als stünden die französischen Richter auf der Bildungsstufe der Wilden am Orinoko, daß sie sich einen so naiven und unjuristischen Entscheidungsgrund erlauben. Allein wir wollen doch einmal sehen, ob derselbe wirklich so weit über die Gränzen einer besonnenen Rechtsprechung hinausfalle, wie manche wähnen, und ob er nicht vielmehr in unseren eigenen Quellen einen soliden Haltpunkt finde. Eines muß hiebei vor Allem einleuchten: wenn Parteien und Anwälte es für eine Sache ihres freien Beliebens halten, augenscheinliche Unwahrheiten auf den Markt zu bringen und notorische Thatsachen hinwegzuläugnen, wenn sie dieses Recht der Lüge ganz willkührlich zu den erlaubten Hilfsmitteln zählen und planmäßig ausbeuten, was als Thatsache genommen Niemand bestreiten kann, so ist die allernatürlichste Folge hievon, daß auch die Richter gleichberechtiget und auf ihren curulischen Stühlen bei der Hand sein müssen, mit ihrer gesunden Kritik auszuscheiden, wie viel sie hievon zu glauben brauchen, oder nicht, und was auf ihre Beachtung einen billigen Anspruch habe. Hat doch schon das Cap. 10 X. de cohabit. cler. (3, 2) jene Evidentia rei, quae nulla tergiversatione celari potest, für eine souveraine Quelle des inneren Lichtes auch in dem äußeren Forum erklärt; hat doch selbst das bayer. LR. Th. I. K. 1 §. 10 Nr. 3, was offenbar und augenscheinlich ist, als eine statthafte Interpretationsquelle zugelassen. Ernstlich will an all' jenen Stellen nicht mehr sagen, als grundhaltig, so daß der Vorschützende selbst auf einen ernsten Erfolg

26a) Der englische Prozeß stimmt hiemit vollkommen überein. Antworten, welche gar nicht ernst gemeint, sondern darauf berechnet sind, den Kläger eine Zeit lang in Geltendmachung seines guten Rechtes aufzuhalten, heißen Sham-pleas, schamlose Schutzreden. Die Gerichte suchen solche Winkelzüge soviel als möglich zu verhindern. Rüttimann a. a. O. §. 309.

rechne; was aber grundhaltig sei, das kann nach den vorberührten Stellen nur die Evidenz der Umstände bestimmen. Niemand bezweifelt nach gemeinem Rechte und alle Gesetzgebungen sind darüber einig, daß der Ernst ein Erforderniß für jede kräftige Willenshandlung und als solches aus den Umständen zu beurtheilen sei; bayer. LR. IV, 1 §. 5 Nr. 2; preuß. LR. I, 4 §§. 52 u. 55; österr. Civ. Ges. B. §. 869 [26b]). Ist aber ein Geständniß oder ein Widerspruch selbst nichts Anderes, als eine in den Prozeß nur eingeflochtene Aeußerung des Wissens und Willens, warum sollte jene Probe nicht auch hierauf anwendbar bleiben? Nach den Anmerk. zur bayer. GO. K. XII. §. 1 litt. e a. E. hat das Geständniß keine Kraft, wenn es contradiktorische oder unmögliche Dinge betrifft, welche contra rei naturam *aut evidentiam facti* laufen; warum sollte dieselbe Regel nicht auch von dem Widerspruche als der Kehrseite des Geständnisses gelten? Das fr. 79 de R. J. bemerkt hiezu: *fraudis interpretatio* ... ex consilio quoque desideratur, und das fr. 199 eod.: non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit. Wenn nun die Ladung zur Antwort auf eine Klage nach den klarsten Gesetzesstellen die Pflicht zur treuen Angabe der Wahrheit auferlegt, so steht der kecken Verläugnung der letzteren, die gleich auf der folgenden Seite aus den angehängten Einreden durchschimmert, gewiß die replicatio doli, die Gegenerinnerung unlauterer Absichten und arglistiger Vorwände entgegen, wovon C. 6 de dolo malo (2, 21) wieder verordnet hat: dolum *ex indiciis perspicuis* probari convenit. Hat man noch je daran gezweifelt, daß den Richtern freistehe, die bona fides bei der Verjährung und anderwärts aus den Umständen des Falles zu beurtheilen? Wohlan, die frivole Abläugnung der Thatsachen und die unredliche Beanstandung der Urkunden ist die offenbarste pessima fides im Prozesse, die es nur geben kann.

Von welcher Seite man daher auch immer die Sache betrachten mag, so wird man zuletzt nothwendig zu dem Schlusse gelangen: den Gerichten muß zustehen, die Ernstlichkeit und Grundhaltigkeit der Behelfe, die ihnen vorgetragen werden, mit allem Scharfsinne zu prüfen, und wo sie hierin einen Mangel wahrnehmen, denselben zu rügen, auf diese Rüge ihr Urtheil zu stützen. Ein so ge-

---

26b) Vgl. Anmerk. zum bayer. LR. III. 2 §. 7 litt. k: „Der Scherz gibt sich oft aus dem Inhalte, dem Vortrage und anderen Umständen selbst leicht zu erkennen, und da braucht es keinen operosen Beweis."

rades Vorgehen ist auch in jedem Falle weit offener und würdiger, als der abgenützte Vorwand einer mangelhaften Substanzirung, in den sich jener Grundgedanke nicht selten verkleidet, um in dem Urtheile auf einem Nebenwege seine Wirkung zu thun. Dabei wird sich Niemand im Ernste damit entschuldigen wollen, jene Ernstlichkeit zu erkennen, sei eine mißliche und zu gewagte Sache, die sich einem ernsten Richter nicht zumuthen lasse. Wer nur eine kurze Zeit in unseren Gerichten saß, der muß die Erfahrung gemacht haben, daß in den meisten Fällen bei allen Mängeln eines verschrobenen Schriftenwechsels die Ueberzeugung nicht einen Augenblick darüber hin und her schwankt, was von den Verhandlungen ernst gemeint und was es nicht sei[27]).

Die genauere Betrachtung dieses ganzen Gegenstandes muß von hier an auf zwei Bilder vertheilt werden, welche das contradiktorische und das Contumacialverfahren darstellen, je nachdem der Beklagte erscheint und sich vertheidiget, oder ungehorsam ausbleibt; jedes derselben staffelt sich wieder auf zwei Stufen übereinander, dem Verfahren in erster, und dem in der Berufungsinstanz. Dem Cassationsrekurse, der es stolz zu verschmähen scheint, sich mit der Abgränzung des Faktums zu befassen, soll unten im VIII. Abschnitte ein eigener Ueberblick gewidmet werden, um ihn gegen diesen unbilligen Vorwurf in Schutz zu nehmen.

Der mündlichen Verhandlung der Sache geht im französischen Civilprozesse, abgesehen von dem Sühneversuche des Friedensrichters, welcher die Instanz eröffnet, ein kurzer Schriftenwechsel bis zur Replik in Terminen von 14 und 8 Tagen voraus[28]). Derselbe ist aber im Grunde zu nichts bestimmt, als um sich wechselseitig mit den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln bekannt zu machen, sich die Urkunden von beiden Seiten mitzutheilen und also den Anwälten eine gründliche Vorbereitung für die fernere Verhandlung der Sache

27) Spuren dieses Entscheid.-Grundes aus der Praxis des obersten Gerichtshofes in München finden sich bereits angeführt Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 291, 292; Bd. XIX. S. 248 N. 3.

28) Im englischen Prozesse ist der Exceptionstermin sehr knapp zugemessen; der Beklagte muß die ihm zugestellte Klage, wenn er innerhalb sechs Stunden von London wohnt, in vier, außerdem in acht Tagen beantworten. Eine Verlängerung ist zwar zu erhalten, eine zweite wird aber nur unter der Bedingniß bewilliget, daß der Beklagte auf seine Voreinreden verzichtet und die Duplik später unaufgefordert in den nächsten 24 Stunden abzugeben verspricht. Rüttimann, a. a. O. §§. 238 u. 248.

möglich zu machen, wie all' dieses schon im vorigen Abschnitte vorübergehend bemerkt wurde[29]).

Man würde sehr irren, zu glauben, in diesen Schriften sei der Sachverhalt mit einem nicht mehr verschiebbaren Stande der Behauptungen und Widersprüche genau festgestellt, zu dem sich in der Folge der Redewechsel, Plaidoyer genannt, nur verhalte, wie unsere Rechtsausführungen nach geschlossenem Beweisverfahren. Zur Kenntniß der Richter, welche in der Sache urtheilen, kommen jene Schriften gar nicht; sie sind nur nebenbei auch dazu bestimmt, das Begehren eines jeden der Theile genau festzustellen[30]). Erst die motivirten

---

29) Dieser Schriftenwechsel trägt noch ziemlich das veraltete Gepräge der Ordonnanz v. 1667, die ihn regulirt hat. Statt sich ganz einfach in Bittschriften oder Vorstellungen zu bewegen, auf die ein Richter verfügt, nimmt er seinen Ablauf ohne alle Dazwischenkunft und Kenntniß der Gerichte durch die Vermittlung von Hilfsbeamten, officiers ministeriels. Die Klage, das wichtigste Aktenstück im deutschen Prozesse, heißt einfach Vorladung — ajournement — und wird von einem ungelehrten Gerichtsboten entworfen (dem jedoch in wichtigen Sachen der Anwalt die Hand zu führen scheint). Darin fordert der Gerichtsbote den Beklagten auf, binnen einer gewissen Frist vor Gericht zu erscheinen und sich nach dem Gegenstande des Begehrens verurtheilen zu hören. Diese Ladung ist jedoch eine reine Fiktion; denn der Beklagte erscheint nie, sondern genügt derselben, indem er einen Anwalt bestellt, der noch kein Advokat ist und binnen einer weiteren Frist die nun von ihm verfaßte Antwort wieder seinem Gegner durch einen Gerichtsboten zustellen läßt. Dem Allem liegt die römische in jus vocatio oder die altdeutsche Admallitio zu Grunde; ein Theil fordert den anderen vor die Schranken des Gerichtes, ohne darnach zu fragen, ob der Richter auch Lust und Zeit habe, sie anzuhören. Von einer Prüfung der Bitte in limine judicii ist natürlich dabei nirgends eine Spur vorhanden; das ganze Verfahren gleicht vielmehr dem unsrigen in dem Falle, wenn eine Partei die andere durch den Gerichtsdiener zum mündlichen Verhöre aufschreiben läßt, und dieser nun einen officiosen Verschaffzettel darüber anfertiget. Diese Vernachlässigung erklärt sich nur aus der Geringschätzung der schriftlichen Verhandlung im Vergleiche mit dem was die mündliche leistet. Kein Irrthum kann indessen größer sein, als der, zu glauben, die Ladungen der Gerichtsboten und die Zustellungen von Anwalt zu Anwalt ohne alle Dazwischenkunft des Gerichtes trügen nur das Geringste zu einer Förderung der Sachen bei oder seien eine liberale und sich eben dadurch zur Nachahmung empfehlende Institution. Diese Annahme zu widerlegen, genügt ein Name und ein Datum; die ganze Sache wurde durch die große Ordonnanz von 1667 unter Ludwig XIV. auf den heutigen Fuß gesetzt.

30) Boncenne, T. I. Nr. 64, bemerkt hierüber: „Wenn die Richter die schriftlichen Vorverhandlungen nie lesen, so haben sie wieder Unrecht; denn nur indem sie es lesen, können sie den Grad der Nützlichkeit dessen beurtheilen, was geschrieben wurde, und die Beobachtung der Regulative über diesen Punkt überwachen."

Anträge, welche die Anwälte nach Festsetzung des Sitzungstages hinterlegen und worin sie den Kern ihres Angriffs- und Vertheidigungssystems nochmals kurz zusammendrängen, werden in der öffentlichen Sitzung verlesen; ihr Inhalt vertritt sogar die Stelle des persönlichen Erscheinens. Eine Partei, welche einen solchen Antrag übergeben hat, gilt für gegenwärtig und durch ihre Worte vertreten, das darauf gebaute Urtheil ist ein contradiktorisches und kein Contumacialurtheil. Wenn eine neue Gesetzgebung bei uns jenes Verhältniß von Schrift und Rede festhalten und die Thatumstände des Prozesses an das schriftliche Vorspiel desselben binden wollte, so wäre damit aller Zweck der Aufhellung gewiß gleich von vorne herein verfehlt; man würde hienach den Reden der Anwälte so wenig Gewicht beilegen, als bisher den Deduktionen eines Beweisverfahrens und nur zu erwarten haben, daß der Gegentheil sogleich gegen jede neue Anführung als ein verspätetes Novum in sessione, worauf er nicht gefaßt sei, protestire. Die Richter würden das Aktenheft mit in ihr Berathungszimmer nehmen, hier nachlesen und wieder lesen, vergleichen, und sich Satz für Satz gegenüber halten, so daß die alte Wortklauberei auf's neue anginge [31]).

Der nächste Schritt ist eine ganz gründliche Information des die Sache vertretenden Anwaltes, der alle Urkunden und Schriften zugestellt, von allen Umständen bis auf das Kleinste Kenntniß erhält, auf alle Erwiederungen, Repliken und Widerklagen zu antworten im voraus gerüstet sein muß, mit einem Worte, eine Information für die ganze Sache mit Einschluß aller Beweise und Beweismittel. Ein Fall, daß ein Anwalt um Vertagung bäte, um

31) Dr. Gaib bemerkt hierüber a. a. O. S. 74: „Soll der mündliche Prozeß uns wirklich die Vortheile gewähren, welche er seiner Natur nach zu gewähren vermag, so ist es — wenigstens in dem sog. ordentlichen Verfahren — unerläßlich, daß den mündlichen Ausführungen in der Audienz ein Verfahren vorausgehe, wodurch der gesammte status causae et controversiae schriftlich festgestellt, wodurch das Bestrittene und Unbestrittene scharf normirt, und wodurch sowohl für das Gericht als für die Parteien nicht blos die Punkte, auf welche die künftigen Verhandlungen sich beziehen sollen, sondern zugleich die Waffen bezeichnet werden, deren man sich sowohl von der einen als von der anderen Seite bei diesen Verhandlungen bedienen will.“ — Dieses Desiderium ist praktisch gewiß unausführbar; denn gerade in der Beleuchtung des Faktums von allen Seiten her bis in die geheimsten Winkel mit der Befugniß für die Richter, hievon so viel zu glauben, als sie für gut finden, besteht der große Vorzug der mündlichen Verhandlung. Dürfte hiebei nichts Neues mehr vorkommen, so wäre das schriftliche Vorverfahren die wichtigste Hauptverhandlung, was dem Prinzipe der Mündlichkeit radikal zuwiderläuft.

mit seiner Partei erst Rücksprache über die unerwarteten Einreden zu pflegen, kömmt nicht vor; möchte er auch darum bitten, so würde ihm das Gericht solches abschlagen, und er gar kein Rechtsmittel haben, sich in dieser Instanz zu helfen; er konnte ja auch seine Partei mit zur Stelle bringen, um ihm dasjenige, was er vielleicht noch wissen möchte, zuzuflüstern; hat er es nicht gethan, so mag er die Schuld nur sich selbst beimessen und das hier Versäumte etwa in zweiter Instanz wieder nachholen, wo er noch immer damit Gehör findet.

Nun folgt die wahre Hauptaktion selbst, der auf einen ungestörten Fortlauf vereinigte und entscheidende Kampf der beiden Anwälte in der öffentlichen Sitzung durch einen fortgesetzten Redewechsel, der die Gränzen der Duplik nur selten überschreitet. Derselbe gewährt in den meisten Fällen, nur mit Vorbehalt der Berufung an den Oberrichter, die einzige und vollständige Ausschüttung des thatsächlichen Stoffes vor dem versammelten Gerichte, worauf dieses sein Urtheil auf der Stelle zu bauen und auf die als wahr erkannten Vorgänge auch die Rechtsregeln anzuwenden in die Lage kömmt. Nur in den seltensten Fällen wird diese Verhandlung in erster oder zweiter Instanz durch ein zugelassenes Beweisverfahren, und insbesondere durch ein Zeugenverhör unterbrochen, und mit Vorbehalt aller Rechte und Behelfe zu einer neuen Verhandlung vertagt. Die Umstände, wodurch diese Erschöpfung der Sache in einer einzigen Verhandlung im schroffen Gegensatze zum deutschen Prozesse möglich wird, sollen in dem weiter unten folgenden Abschnitte vom Beweisinterlokute näher zur Sprache kommen. Die Hauptelemente dieser mündlichen Verhandlung der Sache sind allerdings dieselben, wie die des Schriftenwechsels im deutschen Prozesse, Behauptung auf der einen, Geständniß oder Widerspruch auf der anderen Seite, allein nicht die einzigen; sehr wichtige andere Hilfsmittel reihen sich an dieselben an. Die Hauptverhandlung und das erste Urtheil in einer Sache umfaßt zugleich nebenbei alle Urkunden des Falles, die sich wechselseitig schon vorher mitgetheilt sind oder hier erst vorgelegt und ohne Schwierigkeit zugelassen werden, mit dem wichtigen Punkte, in wessen Händen sich dieselben befinden und wer sie vorzulegen im Stande ist, das ganze Reich der Gerichts- und Offenkundigkeit mit Allem, was die Richter schon von selbst wissen und was unter öffentlicher Autorität errichtete oder in öffentlicher Verwahr befindliche Schriften enthalten, ebenso alle gerichtlichen und administrativen Voruntersuchungen, die darin enthaltenen

oder sonst vorfindlichen Zeugenverhöre und Gutachten von Sachverständigen, Augenscheine und dergleichen, überdies das große und bewegliche Spiel der Vermuthungen und Schlußfolgerungen, wo und wie sie sich nur immer aus den entwickelten Umständen darbieten, als eine Verrichtung der richterlichen Reflexion, die nie an eine Zeit oder eine bestimmte Stelle im Verfahren gebunden ist.

Die ganze mündliche Verhandlung der Sache steht unter der Leitung des Präsidenten als Oberrichters, was aus unserem neuen Strafverfahren bereits hinlänglich bekannt ist. Der Präsident bestimmt nicht blos die Ordnung, in welcher Parteien und Anwälte das Wort nehmen, sondern auch das billige Maaß ihrer Angriffs- und Vertheidigungsmittel; sobald der Gegenstand erschöpft ist, bricht er die Verhandlung mit den Worten ab: „Die Sache ist eingenommen." Die Ermächtigung hiezu ist ganz klar in den Art. 34 und 37 des Dekretes vom 30. März 1808 ertheilt; auf etwas Aehnliches weist selbst die bayer. GO. hin, wenn sie in K. VI. §. 14 verordnet, die Sache solle allenfalls von Amtswegen für beschlossen angenommen werden [32]). Ergeht sich ein Anwalt zu weit in Ausholungen oder rednerischem Schmucke, so darf ihn der Präsident anhalten, sich auf einfache Bemerkungen zu beschränken. Art. 37 der Ordonnanz vom 15. Juni 1826, die Geschäftsordnung für den Cassationshof betreffend. Zuweilen wird auch gleich von vorne herein dem Anwalte in einer klaren Sache zugerufen, das Gericht bewillige ihm eine Viertelstunde für seine Replik oder Duplik. Gaz. des Trib. v. 25. Januar 1852 [33]).

---

32) Boncenne, T. I. Nr. 70, bemerkt hiezu: Der Art. 34 des Dekretes vom 30. März 1808 ermächtiget den Präsidenten, die Verhandlung abzuschneiden, sobald das Gericht die Sache hinlänglich eingenommen findet; der beste Commentar, den man hiezu geben kann, findet sich in den Institutionen von Loisel: „Weise ist der Richter, der erst anhört und dann urtheilt; denn ein thörichter Richter macht ein leichtfertiges Urtheil; wer aber gut urtheilen will, der hört die Parteien an."

33) Selbst in Strafsachen ist es keine unerlaubte Beschränkung der Vertheidigung und daher kein Fall einer Nichtigkeit, wenn der Präsident dem Vertheidiger noch eine bestimmte Zeit zur Beendigung seiner Vertheidigung vorsteckt. Erk. des Cass.-H. bei Sirey, 38 — 1, 82. Auch Carré Qu. 418 bis legt dem Richter die Befugniß bei, die Dauer der Reden zu regeln, sie mit der Wichtigkeit und den Schwierigkeiten der Sache in ein richtiges Verhältniß zu setzen und selbst abzubrechen, wenn ihm die Sache hinlänglich instruirt erscheine. Denn ihm allein stehe die Polizei in den Sitzungen zu, dieser Punkt sei aber ein wesentlicher Ausfluß derselben. Im übrigen empfiehlt er dem Richter, sich dieser billigmäßigen

Für die Form und den Gang der Verhandlung selbst besteht keine feste Vorschrift; jeder der Theile oder vielmehr sein Fürsprecher erzählt die ganze Geschichte der Sache, worauf es ankömmt, so genau und vollständig als möglich ist, mit allen Einzelnheiten, Haupt- und Nebenumständen, blos nach den Regeln einer jeden Erzählung, und in dem unverrückten Hinstreben darauf, die höchste Klarheit zu erzielen, deren die Sache fähig ist. Jedermann spricht von freier Brust hinweg, ohne daran zu denken, daß die Wortstellung für sein gutes Recht zu einer Falle werden könne; die Urkunden des Falles werden dieser Erzählung natürlich an der geeigneten Stelle mit eingeflochten. Ein Kläger trachtet nie dahin, keine Replik zu anticipiren; gerade umgekehrt sucht derselbe Vertrauen zu erwecken und den Zusammenhang einer Sache dadurch in das beste Licht zu setzen, daß er gleich die Vertheidigungsgründe seines Gegners berührt und von der für ihn günstigsten Seite darstellet; sehr häufig hört man daher den Anwalt des Klägers gleich in seinem ersten Satze vorbringen: „Mein Gegner wird Ihnen gleich sagen, daß...., allein .... u. s. w." Sollte in dieser Erzählung etwas übergangen oder dunkel geblieben sein, so wird solches in der Replik unbedenklich nachgeholt oder aufgeklärt. Niemanden fällt ein, einen Umstand deshalb zu beanstanden, weil er nicht in der Klage erzählt oder in dem ersten Satze des Klägers vorgekommen sei [34]). Der Präsident fordert wohl selbst die Anwälte auf, zweifelhaftere Punkte umständlicher zu erörtern und besser aufzuhellen [35]). Das ganze Verhandlungs- und Vertheidigungssystem einer Partei ist solidarisch verschmolzen, ohne alle Rücksicht darauf, an welche Stelle ein Umstand gehört und welche er wirklich einnimmt, was nur in unserem münd-

---

Amtsgewalt mit einer großen Bescheidenheit zu bedienen, indem der Präsident, mit höheren Einsichten begabt, einen Punkt völlig klar finden könne, über welchen seine Beisitzer noch bedeutende Zweifel hegten.

34) Auch im englischen Prozesse ist diese Verbesserung unter dem Namen a new assignement — d. i. emendatio libelli in replicis — ganz erlaubt. Wenn der Beklagte die Klage mißverstanden oder absichtlich anders aufgefaßt hat, als sie gemeint war, so kann der Kläger, anstatt zu repliciren, die Klage in vervollständigter und verbesserter Form wiederholen, worauf dann der Beklagte auch eine neue Antwort einzureichen hat. Rüttimann a. a. O. §. 268.

35) Nach Gaz. d. Trib. v. 18. Okt. 1850 rief der Präsident einem Anwalte zu: „Die Hauptsache ist eingenommen; erklären Sie sich näher über den geforderten Schadensersatz." Ebenso wurde Advokat D., als er eine seiner Appellation entgegengesetzte Unzulässigkeitseinrede widerlegen wollte, vom Präsidenten eingeladen, gleich zur Hauptsache überzugehen. (Gaz. d. Trib. v. 10. April 1859.)

lichen Verhöre, also in den kleinsten Streithändeln die Regel bildet. Vor dem Beschlusse der ganzen Sache läuft für nichts ein Präclusivtermin; das in erster Instanz Versäumte kann selbst in der höheren noch mit gleicher Wirkung geltend gemacht werden; nur einige spezifische Behelfe, z. B. Voreinreden, wie namentlich die der Incompetenz oder einer Nullität sind von dieser Regel ausgenommen und daher verloren, wenn sie nicht vor Allem vorgeschützt werden.

Der Beklagte richtet seine Antwort nicht nur auf dieselbe Weise ein, sondern huldiget auch all' den vorstehenden Freiheiten der Verhandlung. Sein Anwalt läßt sich nie beigehen, eine mutatio libelli in der Replik, oder der höheren Instanz zu rügen, so lange nur der Hauptgegenstand des Streites und des Begehrens derselbe geblieben ist; ein Wechsel in der Wahl der Rechtsgründe, welche ohnedies das Gericht zu ergänzen hätte, ist völlig unschädlich. Die gewöhnliche Einlassung auf den Streit besteht in einer veränderten Geschichtserzählung des Beklagten, aus deren Vergleichung mit der des Klägers sich alsdann leicht von selbst ergibt, was er zugestehe und was er abläugne; über die vorzugsweise entscheidenden Punkte läßt er wohl einen scharf betonten Widerspruch zuweilen nachfolgen, ohne daß darum dasjenige, was er nur anders als der Kläger erzählt, aber nicht besonders widersprochen hat, schon für zugestanden gelten müßte. Der Beklagte denkt nicht daran, an der Substanzirung der Klage etwas auszusetzen, die exceptio obscuri et inepti libelli ist dem Namen wie der Sache nach unbekannt; ist etwas an der Klage dunkel geblieben, so sucht er dasselbe durch seine eigene Erzählung so weit möglich aufzuklären, was für ihn immer nur vortheilhaft ist, für seine Wahrheitsliebe einnimmt, und ihn nie in Gefahr bringen kann, sich eine bedenkliche Beweislast auf die Arme zu laden[36]).

36) Angenommen ein Münchner Bürger hätte in Lyon oder Paris einen wichtigen Prozeß zu führen, er vertraute diese Angelegenheit einem Münchner Advokaten an, welcher nach Paris reist und sich dort zur Verhandlung einen französischen Advokaten substituirt, dem er auch eine vollständige Information ertheilt. Wenn nun in der öffentlichen Sitzung der Münchner Rechtsfreund neben seinem Pariser Amtsbruder säße und seine Rede mit anhörte, so würde er ihn gewiß auf die Bank niederreißen und ihm in's Ohr rufen: Herr Collega, sind Sie toll? Wer heißt Ihnen die Geheimnisse meines Klienten vor aller Welt ausplaudern? Das hätte uns Alles unser Gegner erst beweisen müssen, was Sie in den Tag hinein zugestehen. Er könnte sich erwiedern hören: Sei'n Sie ganz ruhig, ich weiß, was ich thue, das Gericht wäre doch über ihren Widerspruch als nicht ernst gemeint hinüber gestiegen.

Die Vorschrift des speziellen und vollständigen Widerspruches ist in keinem Gesetze ausdrücklich gegeben, aber faktisch besteht sie dessen unerachtet so gut, wie bei uns; die Richter nehmen den mit Stillschweigen übergangenen Punkt für zugestanden an, wenn nicht aus dem ganzen Zusammenhange ersichtlich ist, daß ein bloses Versehen dabei unterlief oder der Widerspruch in einem anderen vorhergehenden oder nachfolgenden Punkte schon von selbst mitbegriffen sei[37]). Allerdings besteht wohl auch die Pflicht der klaren und gemeinfaßlichen Entwicklung, was wir gehörig substanziren nennen; den Gerichten steht es zu, alles vage, oberflächliche, alles unverständliche, zu allgemeine oder in sich widersprechende Vorbringen, alle auf gut Glück oder auf Gerathewohl hingeworfenen Anführungen als ungenügend zu verwerfen; über die luftigen Schöpfungen einer verwegenen Einbildungskraft, über die willkührlichen Voraussetzungen des Erfindungsgeistes gehen dieselben meistens mit einer ganz kurzen Abfertigung hinweg. Der Art. 37 der Disciplinarvorschriften für die Advokaten v. 14. Dez. 1810 macht es ausdrücklich den Advokaten zur Pflicht, wie bereits oben bemerkt wurde, sich aller willkührlichen Unterstellungen in den Thatsachen, aller Ueberraschung in den An-

37) Es ist in der That merkwürdig, daß keines der französischen Werke über den Civilprozeß, während sie doch in die kleinsten Einzelnheiten über Fallfristen und Präclusionen, Contumacialurtheile und Oppositionen eingehen, nur einige Anleitung darüber gibt, nach welchen Regeln eine mündliche Verhandlung zu beurtheilen sei, welche Folgen das Nichtantworten und welche der nicht bestimmte oder nicht besondere Widerspruch nach sich ziehe. Sie finden nicht einmal nöthig, nur die Bemerkung zu machen, daß dieses alles dem richterlichen Ermessen überlassen bleibe. Nur in Boncenne, Théorie de la Procedure civile, T. I., finden sich in dieser Richtung zur Erläuterung des als höchst seltene Ausnahme vorkommenden schriftlichen Verfahrens folgende Andeutungen einverwebt: Nr. 78. „Beobachtet der Beklagte Stillschweigen und legt er in dem ihm vorgesteckten Termine keine Urkunde vor, so wird angenommen, daß er nichts zu erwiedern und vorzulegen hatte, weil er in der That beides unterließ. Man schreitet daher zum Vortrage und zur Urtheilsfällung auf die Bittschriften und die Vorlagen des Klägers allein.“ Nr. 79. „Ist es aber der Kläger, welcher verabsäumt hat, eine Schrift (die Replik) einzureichen und Urkunden vorzulegen, so können jene Vermuthungen nicht mehr anschlagen; vielleicht glaubte er die Beweise und Rechtsgründe seiner Klage seien schon in seinen ersten Anträgen (d. i. der schriftlichen Ladung mit Klage) gründlich genug entwickelt und er könne ruhig das Gewicht abwarten, was die Einwürfe dagegen zu finden vermöchten.... Die alten schriftlichen Prozesse waren endlos und man sagte von den Leuten, welche das Unglück hatten, sich darin verwickelt zu sehen, daß sie einen Baum setzten, dessen Früchte sie nie erleben würden.“

führungen und aller schlimmen Kunstgriffe, sowie auch der überflüssigen nutzlosen Reden zu enthalten; auch der Ehre und dem guten Rufe der Gegenpartei keine verletzenden Vorhalte zu machen, es sei denn, daß die Nothwendigkeit der Sache solches erfordere und sie ausdrücklich von ihrer Partei hiezu beauftragt sind. Diese Vorschrift wird genau beobachtet, und darauf, daß sie dieses werde, von den Gerichten mit allem Eifer ihrer Wachsamkeit gehalten[38]). Allein auf der anderen Seite ist auch nicht nothwendig, daß ein Umstand bestimmt behauptet sei, um ihn bei der Entscheidung der Sache mit zu Grund zu legen, wenn nur sonst seine Gewißheit aus der Verhandlung erhellet; was die bayer. GO. K. VI. §. 9 von der Supplirung unterlassener Einreden von Amtswegen verordnet hat, das gilt gleichmäßig von allen Umständen, die sich aus einer Verhandlung als gewiß herausstellen. Auf gleiche Weise ist auch der Widerspruch eines Umstandes ganz entbehrlich, sein Uebersehen unschädlich, wenn derselbe durch die ganze Lage der Sache schon hinlänglich als unwahr und nicht annehmbar widerlegt ist. Das Erforderniß einer bestimmten Aufstellung und scharf formulirter Gründe von Klagen und Einreden, wie wir es im englischen Prozesse noch so fest eingewurzelt finden, ist im französischen unbekannt, hier gilt nur der Grundsatz: l'intérêt est la mesure des actions. Von beiden Anwälten läßt sich hier in Wahrheit sagen: agunt quod causa desiderat. Selbst der Widerspruch muß, um Gehör und Glauben zu finden, hinlänglich entwickelt sein; eine einfache Abläugnung würde nicht wohl als zufriedenstellend und genügend befunden werden, wenn der Beklagte verschmähen sollte, in dem ganzen Zusammenhange der Geschichte seine eigene Version über die wahrhafte Bewandtniß an die Stelle der verläugneten zu setzen. Gleichwie über den Ernst, so sind die Gerichte auch ermäch-

38) Auch im alten deutschen Gerichtsverfahren galten bereits dieselben Regeln, wie solche die bayer. GO. K. II. §. 5 Nr. 1 im Advokateneide, dann K. IV. §. 10 Nr. 1 und K. VI. §. 8 auf's neue, obwohl für die Gegenwart völlig vergebens wieder aufgefrischt hat. Ein Gerichtsbüchlein aus dem 15. Jahrhundert vergleicht den Fürsprecher mit einem Harfenspieler und gibt ihm dann die Anleitung, ein jeder Redner vor Gericht solle die vier Eigenschaften dieses letzteren auch an sich haben: „Zum ersten eine Vorrede zu thun, mit züchtigen „ganz verständlichen Worten,... darnach seine Klagmeldung oder Begehrung kurz, „lauter und bewährunglich sein solle: kurz, denn lange Worte oder „Schriften machen verdrießen; — lauter, denn verdeckte Wörter machen „Irrung; — bewährlich, daß deine Klage oder Begehrung bewährt oder gerecht sei." Maurer's altgerm. Gerichtsverfahren §. 98, S. 130.

tiget, über das Genügende eines Widerspruches zu urtheilen. Da es eine Pflicht der beiden Parteien ist, die Richter auf jede ihnen mögliche Weise aufzuklären, so wird selbst ein vorgeschütztes Nichtwissen in Punkten, welche der Kenntniß des Beklagten zugänglich sind, Mühe haben, sich die Geltung eines Widerspruches zu verschaffen; ihm wäre obgelegen, sich genau über die Sache zu erkundigen, weil jede Klage eine natürliche Provokation des Gegners zur Erschöpfung alles dessen ist, was zur Verhandlung der Sache gehört, gleichsam ein moralisches Editionsgesuch für Alles, was er weiß und wissen oder erfahren kann; hat er jenes unterlassen, so ist ein Fall des Ungehorsames gegeben, und ein an sich wahrscheinlicher Umstand würde für gewiß angenommen.

Wer zufällig eine Thatsache zuerst in Anregung brachte oder anführte, ist ganz gleichgültig für ihren Gebrauch und die Vertheilung der Beweislast; letztere wird immer nur demjenigen zugeschieden, dessen Recht von einem Umstande abhängig ist. So kömmt es vor, daß, wenn zufällig bei dem Aufrufe der Sache der klägerische Anwalt noch nicht zugegen, sondern in einem anderen Senate aufgehalten ist, der des Beklagten das Wort nimmt und die Verhandlung mit seiner Vertheidigung eröffnet, wie solches die bayer. GO. K. IV. §. 6 bei der Provocatio ex lege si contendat zugelassen hat. Erscheint dann der des Klägers, so unterbricht sein Gegner sich selbst, läßt jenen sprechen, und bringt seine Vertheidigung erst nach ihm zum Abschlusse, was nach den deutschen Begriffen von der Ordnung einer Verhandlung eine ganz unerhörte Ueberstürzung wäre [39]).

Eine klare und glaubwürdige Entwicklung ist ein unerläßliches Erforderniß einer jeden gerichtlichen Rede; der Kläger, der sich darauf beschränken wollte, seinen nächsten Klagegrund, sei er Eigenthum oder Dienstbarkeit, zu behaupten, würde lächerlich werden und nie auf den mindesten Erfolg zählen können, wenn er unterließe, anzugeben, worauf sich denn eigentlich sein Anspruch gründe und wie sich die Sache mit allen Umständen zugetragen, die ihn auf den Kampfplatz geführt, obwohl kein Gesetz solches von ihm verlangt. Das vorzüglichste Gewicht fällt immer auf eine recht eindringliche Darstellung des inneren Zusammenhanges der Haupt- und Neben-

39) Vorgekommen nach Gaz. d. Trib. vom 30. Januar 1850. In einer wichtigen Sache wollte der Anwalt des Appellanten vor dem Appell.-Gerichte repliciren; der Präsident rief ihm aber zu: „Es ist zu spät; reichen Sie eine schriftliche Note ein, das wird Ihre Replik ersetzen."

umstände des Falles, welche die Folgen, die daraus gezogen werden, als unvermeidliche Ergebnisse an die Vordersätze anknüpft. Diese Nebenbehelfe, die so häufig über die ganze Sache das willkommenste Licht verbreiten, sind in dem deutschen Prozesse, der sich nur an die fest formulirten Punkte hält, unter der Bezeichnung bloser Adminicula beinahe ganz vernachlässiget. Die redselige Auseinandersetzung der französischen Anwälte beschränkt sich nie auf den Klagegrund und die eigentlichen Einreden, sondern sucht immer die ganze Sache in ihrem ersten Keime, mit allen Anlässen und Beweggründen zu erfassen; biographische Notizen über die sociale Stellung der Theile und ihre früheren Verhältnisse zu einander stehen nicht selten an der Spitze, weil diese die Glaubwürdigkeit ihrer Angaben und den guten Glauben, der ihrem ganzen Verhalten inne wohnt, oft sehr bezeichnend zu erkennen geben [40]). Etwas Aehnliches findet sich schon in der bayer. GO., wenn dieselbe K. XIII. §. 3 Nr. 8 für die Wahl zwischen Erfüllungs- und Reinigungseid darauf hinweist, die Eigenschaft beider Parteien, derselben Stand, Würde, Wandel und Leumund, auch wer von ihnen am glaubwürdigsten sei, wohl in Obacht zu nehmen. Genaue Beschreibungen von Verwandtschafts-, Familien- oder Lokal-Verhältnissen gehören ohnedies immer dazu, ein Faktum leicht verständlich zu machen. Im Verlaufe der Sache werden dann zahlreiche Briefe und ganze Correspondenzen, Privatzeugnisse von Aerzten oder über den guten Leumund [41]), öffentliche Bekanntmachungen und Stellen aus Druckschriften verlesen und dem richterlichen Ermessen überlassen, soviel Gewicht auf sie zu legen als der Sache angemessen ist, ohne daß der Gegenpartei einfällt, gegen ihre formelle Authenticität nur ein Bedenken anzuregen, was ohnedies, wenn sie nur unverdächtig sind, ganz nutzlos wäre; der vorgezeigte Poststempel eines Briefes kann oft über das Stehen oder Fallen eines ganzen Umstandes entscheiden [42]).

Dabei ist die ganze Rede aus einem Flusse und in einem Gusse formirt, ohne allen künstlichen Gliederbau, ohne Abtheilung von

---

40) Wenn der klägerische Anwalt in seiner Geschichtserzählung auf die Person des Beklagten oder einer anderen wichtigen Person im Prozesse zum erstenmale zu sprechen kömmt, so ruft er nicht selten aus: „Wer ist dieser Herr N.? Ich will es Ihnen mit wenig Worten sagen."

41) Pigeau, II. 2 T. III. Ch. 1 bemerkt: „Es gibt einige besondere Fälle, wo man sich über Dinge, welche nicht zum Hauptgegenstand des Streites gehören, schriftlicher Zeugnisse bedienen kann."

42) Vgl. jedoch Anh. I. Nr. 114.

Antwort und Einreden, von Vor- oder zerstörlichen Einwendungen. Niemand denkt daran, eine Einrede blos eventuell auf den Fall, daß die Klage erwiesen würde, anzuhängen oder mehrere sich widersprechende Einreden in einer punktirten Kette sich aushilfsweise folgen zu lassen; alle Vertheidigungsbehelfe in der Hauptsache, Erwiederung und Einreden, müssen homogen sein, sich einander annehmen, ineinander fließen und auf einer Ebene gestellt bleiben; dem Gerichte bleibt dann vorbehalten, die auf dem kürzesten Wege entscheidenden den übrigen vorzuziehen. Nur die Beweisantretung, das sog. Anerbieten des Beweises, wird beinahe immer aushilfsweise angehängt, für den Fall nämlich, daß das Gericht nicht schon ohne Beweis die nöthige Ueberzeugung zu erlangen vermöchte. Völlig unbekannt ist der sinnlose Satz: Qui excipit, nondum fatetur; wer sich darauf berufen wollte, könnte sicher sein, allen Spott der Vergeblichkeit mit nach Hause zu bringen. Das Gericht würde auf der Stelle seinen Widerspruch als nicht ernst gemeint verwerfen, und auch in den übrigen Punkten einem als so frivol auf frischer That betretenen Läugnen wenig Glauben schenken, nur geringen Werth beilegen[43]). Das ganze Vertheidigungssystem des Beklagten, wie die Verfolgung des Klägers, muß in vollständiger Uebereinstimmung stehen, will dasselbe auf eine ernstliche Würdigung zählen können; derselbe Gedanke beherrschte schon die bayer. GO., wenn sie in K. IV. §. 9 verordnet, sich widersprechende oder solche Klagen, daß die eine durch Erwählung der anderen aufgehoben werde, solle man entweder gar nicht, oder höchstens nur in Subsidium mit einander cumuliren dürfen[44]).

43) Den bekannten Satz: Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht, hat zuerst das fr. 4 pr. de interrog. in j. fac. (11, 1) in die Jurisprudenz eingeführt. Voluit Praetor adstringere eum, qui convenitur, ex sua in judicio responsione, ut vel confitendo *vel mentiendo sese oneret.* Von demselben Satze geht im Grunde der Art. 217 C. Pr. aus, wenn derselbe verordnet: Wenn derjenige, gegen den der Fälschungsbeweis angemeldet ist, in der Tagsfahrt zur Rechtfertigung desselben nicht erscheint oder erklärt, die angefochtene Urkunde lieber fallen zu lassen, so kann der Gegner deren Verwerfung verlangen, immer mit dem Vorbehalte, hieraus jene Folgerungen und Schlüsse herzuleiten, welche er der Sache angemessen findet, auch den jenem vergeblichen Eingelenke entsprechenden Schadensersatz zu fordern. Die Analogie hat dieser Regel eine weite Ausdehnung auf alle damit verwandten Fälle gegeben.

44) Auch im englischen Prozesse geht es nicht an, widersprechende Vertheidigungsmittel miteinander zu verbinden, z. B. die Klage zu widersprechen,

Bei allem Dem sind denn auch die Richter durchaus nicht auf die Rolle passiver Zuhörer beschränkt; durch das Organ seines Präsidenten stellt das Gericht nach Gutbefinden an Parteien und Anwälte, wo es ihm angemessen scheint, Fragen aller Art zur Aufhellung, fordert ihnen Urkunden ab, die sich in ihren Händen befinden, läßt sich dieselben mit in das Berathungszimmer geben, verordnet, wo es Noth thut, selbst das persönliche Erscheinen der Parteien in der öffentlichen Sitzung oder in der Berathungskammer, oder läßt sie in Handelssachen auch zu Hause von einem hiezu abgeordneten Richter in Person vernehmen. Vgl. Art. 13, 93, 119, 150 und 428 C. Pr. Von dem förmlichen Parteiverhöre über articulirte Thatumstände, was eine Partei gegen die andere erwirkt, um ihr durch eine Berufung an ihre Wahrheitsliebe auch ohne Eid ein Geständniß abzunöthigen, ist diese Officialthätigkeit der Richter noch immer weit verschieden; sie hat nur das mit ihm gemein, daß jede Weigerung, zu antworten oder zu erscheinen oder Urkunden vorzulegen, den Ausschluß, das Zugeständniß und alle Folgen des Ungehorsames nach sich zieht, wie der Cass.-Hof unter'm 15. Febr. 1812 entschieden hat[45]). Bedarf eine Sache noch einer genaueren

---

und dennoch wieder Einreden dagegen vorzuschützen. Die Replik, womit diese Inconsequenz gerügt wird, führt in der Gerichtssprache den eigenthümlichen Namen **Estopel**, d. h. der Kläger will und darf dem unredlichen Beklagten den Mund verstopfen. **Best**'s engl. Beweisrecht §. 95 Note 1. Wenn der Estopel nicht förmlich plaidirt oder vorgeschützt worden ist, so erklärt die Jury von den einander widersprechenden Behauptungen diejenige für wahr, welche sie wirklich für wahr hält. **Rüttimann** a. a. O. §. 308.

45) **Boncenne**, T. I. Nr. 97 bemerkt hiezu: „Derjenige, den die Richter in ihre Sitzung vorluden, um ihn auszufragen, und welcher das Erscheinen oder die Antwort verweigert, setzt sich der Folge aus, daß die von seinem Gegner angeführten Thatumstände als wahr angenommen werden. Die Prozeßordnung spricht sich zwar nicht hierüber aus, wo dieselbe vom Erscheinen der Theile handelt, es ist aber dieses eine natürliche Folge aus dem Art. 330, welcher sich in gleicher Weise über ein vom Gegner erwirktes Parteiverhör ausspricht. — Das Ausbleiben des persönlich Vorgeladenen, oder seine Weigerung, zu antworten, legt aber dem Gerichte noch keineswegs die engherzige Verpflichtung auf, die Thatsache, um welche es sich handelt, für zugestanden anzunehmen; das Vorbemerkte darf nur in dem Sinne einer einfachen Befugniß aufgenommen werden. (Eine in erster Instanz ausgebliebene Partei kann sogar in der zweiten verlangen, nochmals vorgeladen zu werden, um hier Antwort zu geben, wie das belgische Appellationsgericht in Lüttich im J. 1837 erkannte.) Gewiß ist soviel, daß sich gegen die hinterstellige Partei, welche verzagt ist, hervorzutreten und sich offen zu erklären, ein gerechter Verdacht erhebt; nimis enim indignum est, proprio

und sorgfältigen Prüfung, so ist der Zuruf, dessen schon der vorige Abschnitt gedachte, der Gerichtshof werde die Urkunden näher untersuchen — la cour verra les pièces — die gewöhnliche Formel, um die Verhandlung zu schließen und die Verkündigung des Urtheiles zu vertagen. Vor dem Schlusse erhält jedoch der Staatsanwalt noch das Wort, was er aber nicht nothwendig nehmen muß, um nach einer kurzen Zusammenfassung des Vorgekommenen den Stand der Sache durch seine gutachtlichen Anträge (d. h. par voie de requisition, nicht, wie uns aus dem Strafverfahren bekannt ist, par voie d'action) noch besser zu beleuchten, ohne daß derselbe hiedurch die Rolle eines Beistandes der einen oder der anderen Partei auf sich zu nehmen brauchte; selbst wenn die Staatskasse oder Minderjährige betheiliget sind, wo er gehört werden muß, darf er sich gegen dieselben erklären.

Jenes Recht der Richter, sich durch Fragen an die Parteien die nöthige Aufklärung zu verschaffen, finden wir bekanntlich schon im römischen Rechte einheimisch, wie uns das fr. 21 de interr. in j. f. (11, 1) namentlich lehrt: ubicumque judicem aequitas moverit, aeque opportere fieri interrogationem, dubium non est. Desgleichen C. 9 de jud. (3, 1): judices oportet inprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere, et tunc utramque partem saepius interrogare, num quid novi addere desideret; cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat. In gleicher Richtung sagt auch das Cap. 2 in 6to de confess. (2, 9): haberi debet super iis, de quibus... interrogatus exstitit, pro confesso.

Daß das ganze Verfahren ein treues Ebenbild von demjenigen darbiete, welches vor alten Zeiten in den deutschen Gerichten gepflogen wurde, läßt sich aus zahlreichen Stellen von Maurer's altgermanischen Gerichtsverfahren ersehen, vor allem aus §. 154,

---

testimonio resistere. Allein dieser Verdacht bildet noch keine Probe, welche die Meinung des Richters beherrschen und ihm jeden Rückblick auf entgegenstehende Umstände abschneiden darf. Es schien besser, wie man auch wirklich that, sich hierwegen auf seine eigene Einsicht und seinen Scharfblick zu verlassen." Auch Carré Qu. 502 bis hält die Befugniß des Richters, das Ausbleiben einer persönlich vorgeladenen Partei für ein Geständniß anzunehmen, und in wie weit, für rein facultativ; es sei dieses nur ein Anhaltspunkt für die Probe, worin der Richter die Gründe für seine Entscheidung schöpfe. Nur hegt derselbe ernstliche Zweifel darüber, ob die persönliche Ausfragung der Theile auch in solchen Fällen zulässig sei, in welchen der Zeugenbeweis nicht stattfindet. Vgl. Anh. I. Nr. 100.

aus welchem hier folgende Stellen ausgehoben werden:"... besonders belehrend ist der Gerichtsbrief über ein im J. 1476 zu Landshut gehaltenes Hofgericht, wonach zuerst der Kläger durch seinen Redner seine Klage vortragen, durch mehrere Urkunden belegen, und die Beklagten ebenfalls durch einen Redner antworten ließen, worauf dann, nachdem des Klägers Redner noch einmal replicirt und die Beklagten duplicirt hatten, der Spruch erfolgte." — Aehnliche Urtheile fällte auch das Hofgericht in den Jahren 1455 u. 1456. — Ferner, „war nun eine der Parteien mit der Rede ihres Fürsprechers unzufrieden, so konnte sie dieselbe auf der Stelle verbessern oder ganz mißbilligen; und alles dieses geschah mündlich und öffentlich, in Gegenwart sowohl der Parteien als des Umstandes (d. i. der Umstehenden), doch unter Beobachtung einer Menge von Förmlichkeiten. Denn Alles dieses mußte frageweise verhandelt werden u. s. w." — „Wollte ferner der anwesende Beklagte der Aufforderung unerachtet nicht antworten, oder war er beim Aufrufe der Sache aus dem Gerichte entflohen, so ward auf der Stelle gegen ihn in contumaciam verfahren."

Wenn aber nun auf die obenbezeichnete Weise eine solche mündliche Verhandlung beendiget ist, wie finden sich die rechtsgelehrten Richter, in ihrem Berathungszimmer angelangt, aus all' dem betäubenden Gewirre von vier oder noch mehr Reden, durcheinandergeworfenen Antworten und Einreden, berichtigten Geschichtserzählungen und neuen Anführungen in den Schlußsätzen, verlesenen Verträgen oder Punkten eines Testamentes, Schuldurkunden und Quittungen, Privatzeugnissen oder gedruckten Notizen am Ende heraus und im Ganzen zurecht? Regeln hierüber aufzustellen, fanden die Gesetze nicht nothwendig, außer den wenigen, die schon weiter oben erwähnt sind, daß eine Urkunde vollen Beweis mache, das Geständniß gegen den Bekennenden nicht getheilt werden könne. Die Grundsätze, nach denen die Gerichte ihr Verfahren hiebei bemessen, wurden bereits mehrfältig in dem bisherigen Verlaufe angedeutet; es sind die der Natur und des natürlichen Verständnisses. Es bleibt im Ganzen dem freien Ermessen der Gerichte überlassen, was aus dem Eindrucke der ganzen Verhandlung als zugestanden oder abgeläugnet, was als gewiß, ungewiß oder widerlegt, für zweifelhaft, verläßig oder annehmbar zu halten sei. Das bayer. LR. Th. IV. K. 17 §. 2 Nr. 1 erklärt bekanntlich für eine Injurie, was der gemeine vernünftige Weltbrauch für verächtlich und ehrenverletzend auf- und annehme. Wohlan, eine Hinweisung auf die-

selbe Regel muß auch unseren gelehrten Richtern genügen und ist ihnen wirklich dort ertheilt, um zu beurtheilen, was eine lange Discussion als Geständniß oder Widerspruch in sich enthalte, was zugegeben oder abgeläugnet, ob ernstlich oder verdächtig, und in welcher Absicht, dann mit welchem Grade von Glaubwürdigkeit das eine oder das andere geschehen sei[46]). Den bayerischen Handelsgerichten sind Kaufleute als Richter beigesellt, um durch ihre Erfahrung und technischen Kenntnisse die in der Handelswelt üblichen Gebräuche

46) Als bei der Berathung der Prozeßordnung im gesetzgebenden Körper die Vernehmung des Gegners über artikulirte Thatumstände, das ist, die eigentliche Interrogatio in jure facienda an die Reihe kam, wurde die Frage aufgeworfen, ob, wie im älteren Rechte die Ordonnanz von 1667 gethan, dem Richter die Nothwendigkeit auferlegt bleiben solle, die nicht beantworteten Artikel für zugestanden anzunehmen. Diese Frage wurde verneint, indem der Art. 330 C. Pr. blos bemerkte: „Erscheint der geladene Gegner nicht, oder gibt er keine Antwort, so können die betreffenden Artikel für wahr angenommen werden." Der Redner des Tribunates äußerte bei dieser Gelegenheit im gesetzgebenden Körper: „Soll das Ausbleiben des zur Abhör geladenen Gegners oder seine Weigerung, zu antworten, dem Richter die Verpflichtung auferlegen, die Thatumstände für zugestanden anzunehmen, oder soll ihm hierüber eine freie Wahl offen bleiben? Eine solche Weigerung begründet ohne Zweifel gegen denjenigen, welcher sich ihrer schuldig machte, einen gerechten Verdacht. Der Mann, welcher nur die Wahrheit zum Führer nimmt, fürchtet nicht, darüber gefragt zu werden; er erschrickt weder über Fragen, welche ihm zum Voraus mitgetheilt waren, noch über solche, welche ihm der verhörende Richter unerwartet vorlegt; er tritt überall mit Zuversicht auf. Aber auf der anderen Seite, hieße es nicht dieser moralischen Vermuthung eine Kraft verleihen, welche die gesunde Logik zurückweiset, wenn man dieselbe für ein legales Probemittel erklären wollte, nach welchem der Richter nothwendiger Weise seine Meinung richten müßte? Wie viele Beweggründe können nicht auch die Weigerung zu antworten einigermaßen rechtfertigen oder wenigstens entschuldigen? Und wenn schriftliche Beweise vorliegen, welche die für zugestanden gehaltenen Artikel widerlegen, kann wohl die Vorschrift des Gesetzes den Geist der Richter dazu zwingen, die Evidenz zurückzuweisen, um ihr eine einfache Vermuthung vorzuziehen? Es ist weit gerechter und viel weiser, wenn man sich hiebei auf die eigenen Einsichten und den Scharfblick der Richter verläßt; die letzteren werden mit Sicherheit dieses Mittel der Entscheidung zur Grundlage nehmen, wenn die Thatumstände, welche articulirt sind, unter sich übereinstimmen, wenn denselben nichts widerspricht, wenn sie sich ohne Zwang, ohne Unwahrscheinlichkeit gleichsam von selbst an dasjenige anknüpfen, was in der Sache auf andere Art gewiß und bereits anerkannt ist." Locré, Legislat. civ. T. 21 S. 621. Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 288. In diesen treffenden Worten spricht sich am besten der Geist aus, welcher die Auffassung der ganzen mündlichen Verhandlung der Sachen im französischen Civilprozesse beherrscht.

als Quelle der Entscheidung zu offenbaren; warum sollte da, wo jede gemeine Erfahrung des Lebens ausreicht, um zu ermessen, was in einem langen Wechsel der Reden sich gegenseitig zugegeben oder widersprochen sei, unseren Richtern verwehrt oder für ihr Gewissen zu lästig sein, denselben Punkt nach freier Anschauung mit ihrer Urtheilskraft zu erschöpfen? Ganz ohne Grund würde man hiebei besorgen, die Macht der Beredsamkeit als eines Mittels auf das Gefühl zu wirken, könne für die Wahrheit einen nur trübenden Einfluß ausüben; die Richter wissen sich hievon sehr wohl frei zu bewahren; auch kann man täglich die ersten Advokaten Prozesse verlieren sehen, die bereits faul im Kerne in ihre Hände übergeben wurden, unbeschützt von allem rhetorischen Aufputze. Dagegen ist etwas anderes ebenso gewiß; in der mündlichen Verhandlung einer Sache wird die gründliche Darlegung der Geschichte, der innige Zusammenhang aller Umstände, die hervorspringende Glaubwürdigkeit der Vorgänge, die enge Verkettung von Ursachen und Wirkungen auf der einen Seite, dann der Rückhalt in der Erwiederung, die ausweichende Antwort, die ungenügende Erklärung und Vereinigung sich selbst abstoßender Vertheidigungsmittel, das Stillschweigen da, wo Reden natürlich und herausgefordert war, der Hader um ärmliche Kleinigkeiten und das schnelle Ueberspringen der Hauptsache auf der anderen Seite, Alles zusammengenommen wird zum unmittelbaren und eindringlichen Erkenntnißgrunde und zur Quelle einer fest unterbauten Gewißheit, die wir im deutschen Prozesse so schwer und jedenfalls hier im ersten Abschnitte des Verfahrens beinahe immer vermissen. In gleicher Weise bilden die unsichere Art des Auftretens, der ungenügende Gang der Entwicklung, der fehlende Zusammenhang zwischen den Gliedern einer Aufstellung, der Abgang aller unterstützenden Behelfe und Urkunden, eine sichtbare Lücke in der Kette eines Argumentes schon hier einen verlässigen Anhaltspunkt, um einer Anführung zu mißtrauen, dieselbe für ein Erzeugniß der Phantasie oder die Erfindung einer Gewandtheit in Prozeßkünsten zu halten, ohne Unterschied, ob das Eine oder das Andere auf Seite des Klägers oder des Beklagten, oder welch' anderen Mitbetheiligten vorkomme. Wenn die formellen Schranken der Wahrheitsfindung auf den Hauptpunkten einmal gefallen sind, was sollte die Richter noch länger hindern können, ihren Glauben den Worten und den Gründen einer Partei zuzuwenden, welche sich den Anspruch hierauf durch eine offene und eindringliche Darlegung ihrer guten Sache erworben hat? Wenn einmal

der Erfüllungs- und Reinigungseid als formelle und übliche Floskeln ohne innere Bedeutung bei Seite geschoben sind, warum sollten alle jene kleinen Anhaltspunkte, welche uns die GO. für die Wahl zwischen beiden vorzeichnete, nicht gleich dazu dienen können, zu bestimmen, welcher von beiden Parteien auch ohne Eid mehr Glauben vor der anderen zu schenken sei? Und wenn unsere Richter schon jetzt zwischen zwei abweichenden Schätzungen das Mittel herausnehmen, warum sollten sie nicht auch zwischen den widersprechenden Anführungen zweier Theile mit ihrem Glauben einen vernünftigen Mittelweg einschlagen dürfen? [47])

Ein vorgeschobener Umstand, sei er Klagegrund oder Einrede, dem es an der ersten Wahrscheinlichkeit fehlt, wird nicht mit in Anschlag gebracht; ein Widerspruch, dessen Ungrund aus dem übrigen Vorbringen des Beklagten, und namentlich aus seinen beigefügten Einreden klar durchschimmert, wird, wie oben näher bemerkt ist, als nicht ernst gemeint auch nicht zugelassen; die universale Evidenz, wie sie aus allen Urkunden und Umständen des Falles in natürlicher Einfalt hervortritt, übt ihre Herrschaft über den ganzen Erfolg der Verhandlung aus. In der Auffassung des wechselseitigen Vorbringens ist das Augenmerk der Gerichte weit mehr auf die Absicht und innere Bedeutung der Behelfe, als auf ihre Wortstellung gerichtet. Vgl. fr. 19 ad exhib. (10, 4): Respondit, non oportere jus civile calumniari, *neque verba captari*, sed qua

47) Die Regel, daß keiner Partei auf ihr Wort etwas geglaubt werden darf, findet sich, wie oben bemerkt, in allen Lehrbüchern als einer der ersten Grundsätze des deutschen Prozesses aufgestellt; auch sie ist indessen an vielen Stellen, nur in der zweiten Linie der Aushilfe bereits durchbrochen. Was geschieht denn nach GO. K. XIII. §. 2 Nr. 7, wenn derjenige, welcher sich zum Eide gerichtlich erboten hat, vor der wirklichen Eidesleistung christlich verstorben ist? Der Eid wird pro praestito gehalten, es wird ihm also auf sein Wort geglaubt. Die Vermuthung eines christlichen Wandels muß aber jeder Christ schon von vorne herein für sich haben. Ist ihm wohl jener Eid in seiner Sterbstunde als eine Last seines Gewissens eingefallen? Was geschieht nach K. X §. 14 Nr. 3, wenn ein aus Verstoß unbeeidiget vernommener Zeuge darüber christlich verstorben ist? Die Aussage ist als eine eidliche zu betrachten; wo war für diesen nur der geringste Impuls des Eides gegeben? Prälaten, Edelleute und graduirte Personen, d. i. so ziemlich Alles, was um eine Stufe höher über den großen Haufen steht, sollten vormals nach Nr. 4 a. a. O. nur bei ihren Ehren, Würden, Trauen und Glauben ihre Zeugschaft leisten und des körperlichen Eides überhoben sein. Sollte die Ehre und Würde eines ehrlichen Mannes, den Jedermann dafür kennt und halten muß, in unseren Tagen nicht auf derselben Stufe stehen? Ist er nicht in der socialen Ordnung von selbst eine graduirte Person?

mente quid diceretur, animadvertere convenire. Ausflüchte und ausweichende Antworten werden für dasjenige erkannt und aufgenommen, was sie wirklich sind, was schon das fr. 11 §. 7 de interrog. in j. f. (11, 1) vorgezeichnet hat. Nihil interest, neget quis an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem. Derselbe Gedanke gab die Vorschrift des Cap. 1, X de praesumt. (2, 23) ein: Confitetur enim de omnibus, quisquis se subterfugere judicium dilationibus putat. Das Uebergehen eines Punktes mit Stillschweigen wird natürlich für ein selbstverständliches Zugeständniß gehalten, nach Cap. 5 eod.: duo quippe illata fuerunt ei, unum negavit, alterum tacendo concessit [48]).

Die Anwendung der Rechtsgrundsätze wird am Ende immer auf jenen Sachverhalt gestützt, der sich objektiv aus einer innigen Verschmelzung der beiderseitigen Vorbringen als gewiß ergibt; wer einen Umstand vorbrachte oder von welcher Seite her derselbe in den Gesichtskreis eintrat, bleibt dabei außer Betracht. Erst dann, wenn sich eine nicht mehr zu hebende Ungewißheit hervorthut, kömmt die Frage der Beweislast in Anregung, mit der natürlichen Folge, daß der ganze Nachtheil auf jene Seite hin verlegt wird, von der man den Beweis zu erwarten berechtiget war [49]). Die zahlreichen Beispiele des I. Anhanges werden eine genauere Einsicht in den natürlichen Ideengang der Richter und ihre ganze Auffassung der Sache von allen Seiten her gewähren, als jedes längere Verweilen hiebei noch weiter zu leisten vermöchte.

Steigen wir von hier aus zur zweiten Instanz hinauf, welche immer mit der Prüfung des ganzen Sachverhaltes im Wege der Berufung befaßt werden kann, wie es die erste war. Wenn auf die bisher bezeichnete Weise das Urtheil in erster Instanz erlassen ist und die eine oder auch beide Parteien nunmehr die Be-

---

48) Carré Qu. 974 wirft die Frage auf, ob ein Gericht ein Zeugenverhör über einen artikulirten Thatumstand verordnen könne, der weder durch eine schriftliche Antwort, noch in der öffentlichen Sitzung widersprochen wurde? Er selbst und Boncenne mit ihm glauben, dieselbe verneinen zu müssen, Chauveau, der Herausgeber von Carré, neigt sich in Betracht der billigmäßigen Amtsgewalt, welche allen Gerichten in Zulassung des Zeugenbeweises zustehe, zur Bejahung hin.

49) Nach einer alten Gerichtsordnung von Soest sollten die Urtheiler, wenn sie Zweifel in der Sache hätten, dieselbe, ehe sie zu Recht erkennen, 123mal überlegen. Maurer, a. a. O. §. 159. Es liegt wohl ziemlich nahe, daß ein später verunstalteter Text ursprünglich dahin gelautet habe: ein-, zwei-, auch dreimal.

rufung dagegen ergreifen[50a]), wenn sie hier behaupten, die Thatsachen des Falles seien nicht richtig gewürdiget, der wahre Verlauf der Sache nicht getreu festgestellt, etwas als zugestanden angenommen, was doch nicht eingeräumt worden, und überhaupt aus der ganzen Verhandlung ein irriger Schluß in Bezug auf die thatsächliche Grundlage der Rechtsanwendung gezogen, so ergibt sich hieraus eine neue und wie es scheint eine sehr mißliche Schwierigkeit. Nach der Natur der Berufung sollte der höhere Richter sein Urtheil ganz übereinstimmend auf dieselben Elemente des Faktums und auf die gleichen Umstände seiner Entwicklung gründen, wie sie der ersten Instanz vor Augen schwebten, und sich nur auf die Prüfung beschränken, ob dieselben auch richtig gewürdiget seien; aus diesem Grunde hat auch die bayer. GO. K. XV. §. 5 Nr. 8 der zweiten Instanz in der Regel untersagt, nova in facto zu attendiren, soweit es sich nicht etwa darum handelt, was in voriger Instanz bereits vorgekommen war, circa facti veritatem aut circumstantias besser zu erklären und auszuführen, oder die neuen Umstände etwa erst nach der Sentenz hervorgekommen sind[50b]). Was verbürgt nun für jene Berufung, daß der Stand der Sache der zweiten Instanz gerade wieder ebenso unterbreitet werde, wie er der ersten vorgelegt war, nachdem derselbe doch nirgends fixirt, die mündliche Verhandlung der Sache mit all' ihren Behauptungen, Zugeständnissen, Widersprüchen und Argumenten wieder vollständig verhallt ist? Man begegnet hier einem sehr beachtenswerthen Unterschiede in dem deutschen und französischen Prozesse, den die Abweichung ihres ganzen Wesens unvermeidlich macht; jene Identität der Grundlagen, welche das System der ordentlichen Rechtsmittel in dem ersteren beherrscht, ist dem letzteren nicht eigen oder doch bei weitem nicht mit der Strenge durchgeführt, die wir in dem ersteren einheimisch finden. Das Rechtsmittel der Berufung ist in dem französischen Prozesse von einer anderen, weit freieren Seite erfaßt; Alles, was wie immer geeignet ist, den vertheidigten Anspruch oder Widerstand einer Partei besser zu unterbauen, gilt für eine nähere Ausführung circa facti veritatem aut circumstantias im Sinne jener Stelle

50a) Die Adhäsion des deutschen Prozesses heißt im französischen bekanntlich Incidentappellation.

50b) Nach dem österreichischen Prozesse dürfen gleichfalls in I. Instanz nicht vorgekommene Thatumstände oder Beweismittel in der Appellation nicht angebracht, und wenn es dennoch geschehen wäre, bei der Entscheidung nicht berücksichtiget werden. Beidtel's ordentl. Verf. §. 299.

der bayer. GO. Gleichwie der Restitutionseid des jüngsten Reichsabschiedes schon dann eine Wiederherstellung zu Gunsten neuer Behelfe zuließ, wenn der Appellant nach dem Urtheile der Vorinstanz erst wahrnahm, ihrer benöthiget zu sein, ebenso gilt im franz. Prozesse diese Regel ganz allgemein und ohne jene sehr lockere Voraussetzung; ein ausdrückliches Geständniß kann zwar in der höheren Instanz nicht zurückgenommen, ein stillschweigendes aber, soweit es nicht etwa in den Entscheidungsgründen klar constatirt ist, durch Widerspruch wieder entkräftiget und, was das wichtigste ist, eine neue peremptorische Einrede auch noch vorgeschützt, ein neuer Grund, um der alten Klage aufzuhelfen, nachgetragen und geltend gemacht werden.

Demjenigen, der das Verhältniß dieses Instanzenzuges nicht aus eigener Erfahrung kennt und zu beobachten Gelegenheit hatte, wird es ziemlich schwer fallen, sich in die Mittel hineinzudenken, wie die zweite Instanz den ursprünglichen Stand der Sache, womit sie befaßt ist, auf's Neue zu fixiren und für denselben einen festen Boden zu gewinnen vermöge; nichts scheint hiebei näher zu liegen, als auf die Nachhilfe eines stenographischen Sitzungsberichtes zu verfallen. In der Wirklichkeit macht sich indessen die Sache einfach und leicht, ohne der geringsten Dazwischenkunft schriftlicher Vormerkungen zu bedürfen.

Es scheint hier nicht am unrechten Orte zu sein, auf das Wesen und den Devolutiveffekt der Appellation im französischen Prozesse im Vorübergehen einen flüchtigen Blick zu werfen. Einer der ersten Grundsätze des Prozesses, obwohl in keinem Gesetze klar ausgesprochen, besteht in der Beschränkung aller Gerichtsbarkeit auf zwei Instanzen oder Stufen einer durchgreifenden Prüfung für jede Streitsache — deux degrés de jurisdiction; denn der Cassationsrekurs, der eine weitere Revision des Urtheiles im Rechtspunkte, und selbst hier nur in einem sehr verengten Umkreise eröffnet, gilt für keine besondere Instanz der Urtheilsschöpfung. Minder bedeutende Sachen, denen es an der Berufungssumme oder sonst an gehöriger Wichtigkeit gebricht, sind ausnahmsweise auf eine Instanz beschränkt, wie solches im deutschen Prozesse derselbe Fall ist. Allein dieses Recht jener zwei Instanzen hat eine ganz verschiedene Bedeutung von derjenigen, welche der deutsche Prozeß nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten darein zu legen pflegt; dieselben sind nur für die Prüfung und Entscheidung einer Streitsache, sowohl im Thatsächlichen als im Rechtspunkte, im G a n z e n genommen,

pro tota causa zu verstehen, nicht aber für jede einzelne darin vorkommende oder daraus auftauchende Streitfrage[50c]). Entwickelt sich eine solche zufällig erst in der zweiten Instanz, oder kömmt sie hier zum Erstenmale in Anregung, so wird dieselbe auch hier als etwas, „was von dem eingewendeten Spezial=Gravamen abhängt" (GO. K. XV. §. 9 Nr. 1), sogleich mit hereingezogen und, da eine weitere Stufe der Beschwerde nicht mehr übrig, das Rechtsmittel der Wiederherstellung aber im deutschen Sinne wenigstens unbekannt ist, folgeweise auch in letzter Instanz als unübersteiglich — souverainement — mit entschieden. Da für die Verhandlungen der ersten Instanz und insbesondere für die Beweisführung den Parteien nirgends ausschließende Fristen vorgesteckt sind, so ergibt sich von selbst hieraus zu ihren Gunsten auf beiden Seiten das Recht, in der zweiten Instanz noch neue Klagegründe vorschützen, ihr Vorbringen sowohl in den Thatsachen als in dem Rechtspunkte erweitern zu können, ohne daß von einem verbotenen Novum in appellatorio die Rede sein könnte. Diese Regel erleidet wohl mehrere Ausnahmen, die hier zu berühren jedoch zu weit führen würde. Ihren gesetzlichen Hauptsitz hat dieselbe im Art. 464 C. Pr., wonach jede neue Klage in zweiter Instanz verboten ist, außer die auf einen Compensationsposten gegründete, und jede andere, welche dem Beklagten zur Vertheidigung gereichen könnte. Der Ueberschuß der Gegenforderung, der zur Compensation nicht erforderlich ist, kann daher unbedenklich erst in zweiter Instanz selbst mit einer Widerklage ersetzt verlangt werden, wodurch dann eine solche Gegenforderung auf eine Instanz beschränkt wird[51]). Trifft also jenes Verbot nur neue Klagen, nicht einmal die Einrede der Compensation, so erstreckt es sich nicht auf andere Einreden und noch weniger auf neue Gründe zur besseren Unterbauung ein und derselben Klage oder Einrede. Eine weitere Unterstützung findet dieselbe Regel noch in den Art. 2223 und 2224 C. N., wonach die Einrede der Verjährung, welche von den Gerichten nicht von Amtswegen ersetzt werden darf, selbst noch in zweiter

---

50c) Daher können auch Beschwerden gegen instruktive Verfügungen, mit Ausnahme deren gegen wahre Interlokute, gleichfalls nur mit der Berufung gegen das Endurtheil verbunden werden. Art. 451 C. Pr.

51) Gelegenheitlich ist hier zu bemerken, daß alle Gegenforderungsposten in der franz. Gerichtspraxis in der Regel nicht per modum exceptionis, sondern gleich per mod. reconv. geltend gemacht werden, mit dem Vorbehalte des Wettschlages im Endurtheile.

Instanz vorgewendet werden kann, wenn nicht aus besonderen Umständen ein Verzicht auf dieselbe erhellet. Als Grund für diese Abweichungen von der Regel der zwei Instanzen wird hier überall die Absicht angegeben, auf die Beschleunigung und schnellere Förderung des Ausganges der Sachen hinzuwirken [52a]).

52a) Vgl. Boitard, T. II. Nr. 707, welcher hierüber bemerkt: „Es ist gewiß, daß in der Appellationsinstanz beide Theile das Recht haben, zur Unterstützung ihrer in erster Instanz gestellten Begehren ganz neue Behelfe, die sie dort weder vorgeschützt noch entwickelt hatten, vorzubringen und auszuführen. Etwas anderes ist eine neue Klage, auf eine ganz andere Verurtheilung hinzielend, und etwas anderes ein neuer Behelf zur Unterstützung derselben bereits rechtshängigen Klage.... Es besteht auch gar kein Unterschied unter den neuen Behelfen bezüglich ihrer Zulässigkeit vor dem Oberrichter; den Theilen steht frei, in der II. Instanz nicht blos Rechtsbehelfe, welche in der ersten Instanz übersehen wurden und die Richter selbst hätten herausfinden können, ergänzend nachzutragen, sondern auch solche, welche die Richter gar nicht von Amtswegen suppliren durften, und selbst thatsächliche Punkte, welche die Richter nicht zu kennen und folglich auch nicht zu benützen vermöchten... Denn die Berufung ist nicht blos eingeführt, um ein Unrecht oder einen Irrthum der Richter erster Instanz zu berichtigen und verbessern zu lassen, sondern sie hat auch zum Zwecke, Auslassungen oder unwillkührliche Irrthümer der streitenden Theile wieder gut zu machen und nachholend in Ordnung zu bringen." — Rogron, Code de Proced. expliqué, bemerkt zu Art. 464 in derselben Richtung: „Da es in der Appellationsinstanz erlaubt ist, jede neue Klage anzustellen, welche nur zur Vertheidigung dienen kann, so ist augenscheinlich, daß man nur desto mehr neue Behelfe zur Unterstützung der alten Klage vorzubringen und neue Thatumstände, die in der vorigen nicht festgestellt waren, beweisen kann, wenn sich nur diese neuen Umstände und Beweise an die beiderseitige Rechtsverfolgung und Vertheidigung der Theile anknüpfen. Es gilt überdies als ein schon seit langer Zeit anerkannter Grundsatz die Regel: In appellationibus non deducta deduci, non probata probari possunt." Pigeau a. a. O. II, 4 Tit. I. Ch. 1 bemerkt übereinstimmend hiemit: „Immerhin kann ein Appellant zum Beweise, daß unrichtig gesprochen wurde, solche Behelfe vorlegen, welche er in I. Instanz noch nicht angeführt hatte.... Man muß daher immer als gleichförmige Regel festhalten, daß man jederzeit auf dem Grunde neuer, in I. Instanz noch nicht geltend gemachter Hilfsmittel appelliren kann. Doch muß man auch hier einen Unterschied zwischen Haupt- und Nebenbehelfen machen.... Wenn aber die in I. Instanz ausgelassenen Behelfe blose Nebenbehelfe sind, welche der Richter selbst von Amtswegen ergänzen durfte, so können sie zum Stützpunke einer Berufung dienen.... Als neue Klagen darf man nur die Beweismittel nicht ansehen, welche etwa Appellant oder Appellat geltend machen; man kann daher immer in II. Instanz noch solche in Vorlage bringen, welche man in erster Instanz bei Seite gelassen hatte." — Daß übrigens vor dem Cassationshofe keine neuen Behelfe aufgestellt werden können, die nicht schon vor

Für die treuen Anhänger, welche den Prinzipien des deutschen und insbesondere des bayerischen Civilprozesses huldigen, wird diese Abweichung von der Linie des strengen Instanzenverhältnisses ziemlich überraschend sein und nur geringen Anklang bei ihnen zu finden vermögen; man sollte aber auf der anderen Seite nur bedenken, an wie zahlreichen Stellen der Grundsatz der drei Instanzen und des Verbotes, den höheren Richter mit Ueberspringung des unteren mit einem streitigen Punkte zu befassen, appellatio per saltum genannt, in unserem eigenen Verfahren bereits durchlöchert ist. Wenn einer Klage drei peremptorische Einreden entgegengesetzt sind, von denen das Untergericht die erste, das Appellationsgericht aber erst die zweite für entscheidend hält, während das Ober-Appell.-Gericht beide als grundlos verwirft, was geschieht alsdann? Der oberste Gerichtshof urtheilt in letzter und einziger Instanz über die dritte Einrede, läßt sie zu, oder erklärt sie auch für ungegründet, ohne die Beschwerde an eine weitere Instanz offen zu halten, die nirgends mehr vorhanden ist. Wenn beide Vorinstanzen eine Urkunde als verdächtig bei Seite gesetzt, einen Zeugen für untüchtig erklärt hatten, was thut die dritte, wenn sie hierüber anderer Meinung ist? Sie läßt beide Beweismittel zu und prüft zum Erstenmale ihren Inhalt, ohne hierin einer weiteren Revision unterworfen zu sein. Wenn beide Vorinstanzen, was so oft vorkömmt, wegen einer geringfügigen Dunkelheit die Klage angebrachtermaßen abgewiesen, und der oberste Gerichtshof hierin anderer Meinung ist, so befindet sich derselbe nach dem bekannten Plenarbeschlusse von 1842 mit der Hauptsache befaßt, und entscheidet hierüber in erster und letzter Instanz zugleich unangreifbar. Wenn im Wege der Incidentrestitution eine neu aufgefundene Urkunde oder ein weiterer Zeuge vorgeschlagen wird, der vielleicht allein den ganzen Umschlag für das Schicksal der Sache geben kann, so geschieht wieder das nämliche; statt des Reinigungseides für den Beklagten wird auf den Erfüllungseid des Klägers erkannt, war jener von der Klage entbunden, so wird er vielleicht nun verurtheilt, Alles ohne daß für dieses erste Urtheil eine weitere Probe übrig wäre. Man sieht hieraus, das Recht der drei Instanzen, obwohl in der Bundesakte gewährleistet, ist in vielen Fällen nur noch eine glänzende Fiktion. Wird nun dasjenige, was hier als Ausnahme zugelassen ist und

---

Erlassung des angefochtenen Urtheiles vorgebracht waren, wird sich unten im VIII. Abschnitte zeigen.

und im gemeinen Prozesse ohnedies nur von der Ableistung des Restitutionseides abhängt, zur Regel erhoben, so hat man genau übereinstimmend den leitenden Grundsatz des franz. Prozesses über den Devolutiveffekt der Appellation aufgestellt und als lebendig ausgeprägt. Für die genügende Weite des Kampfplatzes, den zwei Instanzen darbieten, um alle Streitfragen einer Sache auf das gründlichste durchzufechten, läßt aber eine reife Erfahrung auch nicht den leisesten Zweifel übrig.

Allein mit allem dem ist die Schwierigkeit noch nicht gelöst, wie denn das Zugeständniß in erster Instanz, welches dem Gegner einmal unwiderruflich erworben ist, für die zweite erfaßlich und gemeinschaftlich, wie es treu wiedergegeben werde. Den wichtigsten Vorschub, um diesen Uebergang von einer Stufe zur anderen zu vermitteln, leistet auch hier wieder der feste Gebrauch der Fürsprecher, der tief in dem Ehr- und Pflichtgefühle ihres Standes wurzelt, sich an die bereits umgränzte Lage der Sache und der wahren Streitpunkte genau zu binden und in zweiter Instanz nichts zu widersprechen, was in der ersten zugestanden war. Auch würde solches, wenn je versucht, gewiß ganz vergeblich sein. (Anh. I. Nr. 116.) Drei Elemente sind es vorzugsweise, aus denen das zweitrichterliche Urtheil mit voller Sicherheit im Ganzen seinen Sachverhalt schöpft, vor Allem die sämmtlichen Urkunden des Falles und die übrigen erhobenen Beweise, wie Zeugen und Gutachten der Sachverständigen, welche sich das Gericht auch hier vorlegen läßt; dann das erstrichterliche Urtheil selbst, dem in jenem Punkte der Entscheidungsgründe, welche constatiren oder klar entnehmen lassen, was bei der Verhandlung der Sache vorgekommen, voller Glauben geschenkt wird und auch alles Vertrauen zukömmt, endlich die neue mündliche Verhandlung vor dem Oberrichter selbst [52b]). Ganz irrig wäre es indessen, aus diesem Grunde anzunehmen, die Entscheidungsgründe seien gleichsam selbst bestimmt, ein summarisches Sitzungsprotokoll zu liefern oder dessen Stelle zu vertreten; ihre ganze Zusammenfassung besteht regelmäßig in den bekannten Uebergangsworten: In der Erwägung, daß aus der Verhandlung und den mündlichen Aufklärungen der Theile selbst in der öffentlichen Sitzung hervorgeht, daß...., daß weiter aus allen Urkunden und Umständen des Falles sich ergibt...., daß hinlänglich feststeht und über-

52b) In der zweiten Instanz treten gewöhnlich andere Anwälte auf, was von Vielen als ein Vorzug gerühmt wird.

dies nicht widersprochen ist...., daß es für die gewissenhafte Ueberzeugung des Gerichtshofes eine ausgemachte Sache bildet, daß..., was so ausgedrückt wird: qu'il est constant pour la religion de la cour, u. dgl. m. [53]) (Anh. I. Nr. 1.)

Man könnte vielleicht glauben, es sei am besten dadurch Rath zu schaffen, daß in dem Falle, wenn ein Anwalt ein wichtiges Geständniß ablegt, die Gegenpartei sich hierüber eine förmliche Beurkundung in dem Urtheile selbst erbitte. Allein der Cassationshof hat durch Erkenntniß vom 6. April 1853 ein solches Verlangen für unzulässig erklärt, in Betracht, daß die von dem Advokaten in seiner Rede ausgesprochenen Worte nicht aus dem ganzen Zusammenhange der Behauptungen und Anträge seiner Partei herausgerissen, und so angesehen werden können, als bildeten sie ein gerichtliches Geständniß, worüber das Gericht, vor welchem die treffende Verhandlung stattfand, Urkunde zu ertheilen hätte [54]). Noch weit weniger ist natürlich ein späterer Zeugenbeweis darüber zulässig, was etwa bei der Verhandlung in erster Instanz geäußert worden oder sonst vorgekommen sei [55]). Ein gerichtliches Geständniß selbst, welches

53) Bonnier a. a. O. Nr. 318 bemerkt hiezu: „Ueber die Angaben der Parteien in der Sitzung selbst wird kein Protokoll geführt; man muß daher die wichtigsten Punkte ihrer Erklärungen dem Urtheile selbst einzuverleiben suchen, widrigenfalls das Appell.=Gericht, wie dem zu Amiens im J. 1828 widerfuhr, in den Fall kommen kann, ein neues Erscheinen der Theile zu verordnen." Pigeau II, 2 Tit. III. Ch. 1 äußert sich über dieselbe Frage in folgender Weise: „Einige Zeilen mehr in der Redaktion des Urtheiles, um die gegebenen Antworten vorzutragen, genügen, um die Probe über den ganzen Inhalt der Ausfragung zu bewahren.... Dieser Vortrag war selbst nach den älteren Einrichtungen nöthig, wo die Beifügung von Entscheidungsgründen noch nicht geboten war, damit, wenn die verurtheilte Partei etwa appelliren sollte, man ihr dasjenige entgegen halten konnte, was sie in der Sitzung der Vorinstanz bereits erklärt hatte, und wovon ohne diese Einrückung keine Probe mehr vorhanden wäre." — In gleichem Sinne ist Carré Qu. 502 der Meinung, daß das Urtheil in seinen Entscheidungsgründen die Aufschlüsse, welche die Parteien bei ihrem persönlichen Erscheinen geben, soweit erheblich, anführen müsse, weil dieses für die II. Instanz das einzige Mittel bilde, sich auf dieselbe Grundlage zu stützen. — Dem Allem entgegen ist Schlink a. a. O. Bd. II. §. 326 Nr. 6 u. 7. der Ansicht, die Entscheidungsgründe selbst bewiesen hierüber Nichts, weil sie blos ein Ausdruck der Meinung des Gerichtes seien; es müsse daher ein Protokoll hierüber geführt, brauche aber nicht gerade von den Theilen unterzeichnet zu werden, um glaubwürdig zu sein.

54) Gaz. d. Trib. v. 8. April 1853.

55) Carré, Qu. 1114 ter bemerkt hierüber: „Ein Richter kann nie in der Appellationsinstanz als Zeuge über dasjenige vorgeschlagen werden, was in der

in dem Urtheile und seinen Gründen niedergelegt ist, muß aber um so mehr vollen Glauben finden, als jene Partei, welche einen Irrthum darin entdeckt, und deshalb ihren Anwalt mißbilligen, seine Worte widerrufen wollte, sich hiezu ein ganz besonderes Verfahren durch die Art. 352 ff. C. Pr. eröffnet findet[56]).

Noch sollte hier von dem Evocationsrechte der höheren Instanz einige Erwähnung geschehen, welche die Hauptsache mit hinaufzieht, wenn in der vorigen nur ein Zwischenbescheid erlassen war, oder ein solcher in der höheren erst nöthig wird. Der Art. 473 C. Pr. ist hierüber völlig bestimmt; da indessen dieser Punkt mit der Stellung des Beweisinterlokutes und Beweisverfahrens auf das Genaueste zusammenhängt, so wird der VI. Abschnitt weiter unten darauf zurückkommen.

Wenden wir unsere Betrachtung von hier aus einem zweiten Bilde zu, welches nothwendig in den Gesichtskreis mit eintreten muß. In dem bisherigen Verlaufe war nur von dem contradiktorischen Verfahren und Urtheile die Rede, welches auf der Voraussetzung beruht, daß der Beklagte auch erscheine und sich gehörig vertheidige; es wird also die Reihe der Erwähnung nun auch das Contumacialverfahren noch mit zu umfassen haben, wenn der Gegner ungehorsam ausbleibt, gar keinen Anwalt bestellt, oder in der Sitzung, wo er sich vertheidigen sollte, entweder zu erscheinen verschmäht, oder zwar gegenwärtig ist, aber die Antwort verweigert[57]). Das erste heißt in der Gerichtssprache défaut de comparaître, weil das Erscheinen vor Gericht sich in der Aufstellung

---

ersten Instanz vorkam. Petit bemerkt, eine Rücksicht der Ehre und öffentlichen Schicklichkeit spreche dafür, daß ein Richter ebensowenig Zeugniß ablege über den Prozeß, den er aburtheilte, als ein Anwalt über eine Sache, welche er vertreten hat. In diesem Sinne hat auch der Gerichtshof von Amiens den 30. März 1822 entschieden." — Die deutsche Aengstlichkeit läßt wohl befürchten, daß, um dieser Schwierigkeit zu entgehen, die Entscheidungsgründe der Civilurtheile förmlich in stenographische Sitzungsberichte ausarten möchten.

56) Carré bemerkt zu diesem Art. 352, und in der daran angereihten Qu. 1295: „Das Mandatum ad lites wird den Gerichtsboten und Sachwaltern einfach durch die Zustellung der Urkunden und Schriften des Prozesses ertheilt; der Advokat dagegen entnimmt seine ganze Vollmacht aus der gleichzeitigen Anwesenheit des Sachwalters; sagt jener etwas zuviel, so muß es dieser auf der Stelle mißbilligen und widerrufen.

57) Boncenne T. I. Nr. 112 führt hiezu das fr. 52 de R. J. an: Non defendere videtur, non solum qui latitat, sed et is, qui praesens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.

eines Anwaltes zum weiteren Handeln kund gibt und zusammendrängt, das letztere défaut de plaider; jener heißt auch défaut contre partie, dieser défaut contre avoué. Der erstere scheint den regelmäßigen Fall, der letztere die seltenere Ausnahme zu bilden; denn ist ein Anwalt einmal aufgestellt, so läßt er es kaum am Handeln fehlen. Zwischen diesen beiden Arten des Ungehorsames kommen Unterschiede vor, die zu tief in das innere Räderwerk des Prozeßganges eingreifen, um hier genau erörtert zu werden. Der Ungehorsam des Klägers dagegen heißt défaut-congé. Défaut im Allgemeinen entspricht dem lateinischen Worte defectus oder defuit, und heißt jedes Ausbleiben, soviel als Contumacia; das französische Wort contumace ist der Flucht bei Verbrechen vorbehalten.

Das Contumacialverfahren gegen den Beklagten, das hier nur allein in Betracht zu kommen braucht[58]), umfaßt zwei Fälle, je nachdem derselbe allein im Prozesse steht oder einen gehorsamen Streitgenossen an seiner Seite hat; beide Fälle sind einer verschiedenen Regel und Behandlung unterworfen, die schon aus dem Gegensatze der Art. 150 und 153 C. Pr. auf den ersten Anblick ersichtlich wird. Der erstere bildet indessen den Hauptfall und wird also hier zunächst in's Auge zu fassen sein.

Die Grundlage des Contumacialurtheils im französischen Civilprozesse ist die poena liquidi et confessi, die einzige natürliche und vernünftige, gegen die man in Deutschland eine Menge ganz überflüssiger Bedenken hegt. Der Art. 150 C. Pr. verordnet zwar, dem Kläger, dessen Gegner ausbleibt, seien seine Anträge zuzuerkennen, wenn sie sich gerechtfertiget und auch erwiesen finden, — si elles se trouvent justes et bien verifiées; allein wie schon oben im zweiten Abschnitte erwähnt, hat der Gerichtsgebrauch diese Bedingniß längst umgangen; er findet die vorgeschriebene Verification schon darin, wenn die Bitte nichts contra naturam rei aut evidentiam facti enthält, das Ausbleiben des Beklagten gilt selbst für den erklecklichen Beweisgrund zur Annahme eines stillschweigenden Zugeständnisses, und die Klagsbitte wird daher mit geringer Ausnahme zuerkannt, wie sie auch immer lauten mag[59]). Hat der Beklagte

---

58) Denn die Wirkung des Défaut-congé besteht darin, daß die Klage ohne Prüfung abgewiesen wird.

59) In Genf hat man bei der Revision der franz. Prozeßordnung die Bestimmung weggelassen, welche dem Richter nur insoferne erlaubt, dem Kläger seine Anträge gegen den ausgebliebenen Gegner zuzusprechen, als dieselben gerecht und auch bewahrheitet gefunden werden. Boncenne T. I. S. 113.

auf die ergangene Ladung keinen Anwalt bestellt, so kann er solches noch in der öffentlichen Sitzung thun; das Erscheinen eines Anwaltes in der öffentlichen Sitzung vertritt sogar ein motivirter Antrag, den er vor oder in der Sitzung übergibt, sein Inhalt gilt für Alles, was zur Beantwortung und Widerlegung der Klage angeführt werden könnte.

Gerade darin liegt ein großer Vorzug dieses Systemes, daß die Folgen der Contumacia facultativ sind; nicht weil ein Gesetz solches gebietet, sondern weil das Ausbleiben auf Jedermann den Eindruck eines stillschweigenden Zugeständnisses macht und machen muß, werden die Begehren des Klägers als gerecht und auch erwiesen angenommen[60a]). Ganz dasselbe war bereits die einfache Lehre des römischen Rechtes, welche das fr. 142 de R. J. sehr be-

60a) Rogron a. a. O. bemerkt zu Art. 150 C. Pr.: „Wenn eine Klage an sich dem Gesetze entsprechend und in den hier erforderlichen Fällen auch mit Urkunden belegt ist, der Beklagte aber nicht erscheint, um sich zu vertheidigen, so gilt sein Stillschweigen für ein Geständniß, nach Analogie des Art. 194, wo dasselbe für den Aechtheitsbeweis einer Urkunde verordnet ist, und das Gericht muß sofort dem Kläger seine Anträge zuerkennen.“ — Boitard a. a. O. sagt Bd. I. Nr. 314 in gleichem Sinne: „Diese Pflicht der Verification ist für die Gerichte sehr schwer und wird daher in der Praxis auch ganz vernachläßiget. Da der Kläger sich keinen Widersacher gegenüber findet, so werden seine Anträge auf den ersten Anblick beinahe immer gerecht und wohl bewährt erscheinen. Da das Gesetz den Gerichten nur erlaubt, die schriftlichen Urkunden von dem erschienenen Kläger auf seinen Tisch niederlegen zu lassen, so scheint es ihm von selbst die Befugniß entzogen zu haben, einen Zeugenbeweis oder Aechtheitsbeweis von Urkunden zu verordnen.... Es ist daher in der Praxis zur allgemeinen Regel geworden, daß man sich nicht mit langen Verificationen der Anträge des Klägers befaßt, sondern dieselben vielmehr ganz und gar nicht verificirt, zumal bei den Gerichten erster Instanz. Anders bei den Appellationsgerichten, wo das zu seinem Vortheile ausgefallene Urtheil der I. Instanz dem Appellaten bereits eine überschwängliche Vermuthung für die Gerechtigkeit seiner Sache verliehen hat.“ Desgleichen weiter unten Bd. II. Nr. 706: „Die Vorschrift, die Anträge des Klägers erst zu prüfen, kann in der Praxis nicht strenge beobachtet werden; in I. Instanz wird der Vortheil des Ausbleibens, selbst zum Nachtheile des Beklagten, dem Kläger ziemlich regelmäßig und beinahe etwas leichtfertiger Weise zuerkannt; anders bei den Urtheilen der II. Instanz u. s. w.“ Boncenne, T. I. Nr. 115 bemerkt: „Thatsachen, welche in einer Ladung aufgestellt waren, und weder zugestanden noch abgeläugnet sind, haben zu ihren Gunsten eine Vermuthung der Wahrheit, welche stark genug ist, um das Gericht zu überheben, erst noch Zeugen zu ihrer Bestätigung vorzurufen.“ — Carré, Qu. 619 bezieht sich hierüber auf Pigeau, welcher seiner Seits bemerkt, wenn die Klage die Probe eines ungerechten Verlangens nicht

zeichnend in den Worten zusammenfaßt: Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Wie ließe sich hierüber eine natürlichere Anleitung geben, als die in diesen Worten liegende? Eine Authentica (Jubemus ...) zu C. 9 de jud. (3, 1) verordnet nach Abfluß der bekannten drei Ladungen: Causae cognitor non amplius exspectans, sententiam omnibus modis *legibus et moribus consonantem proferat*, ... ne litigatoribus male tractantibus liceat causarum exitus ultra protrahere. Das nämliche will auch die C. 13 §. 3 eod.: Sin autem reus abfuerit, et similis ejus processerit requisitio, ... etiam absente eo eremodicium contrahatur et judex *ex una parte cum omni subtilitate* causam requirat. Beinahe könnte es scheinen, als hätte die Scheue vor dieser Subtilität unseren Rechtsgelehrten den Widerwillen gegen die poena liquidi eingegeben. Allein im folgenden §. 4 fährt dieselbe Stelle fort: Litigatoris absentia dei praesentia repleatur, d. h. ein Richter, der Gott und sein Gewissen vor Augen hat, wird auch ohne die Aufklärungen eines ausgebliebenen Gegners wohl wissen, was er nach der Lage des Falles als gerecht zu erkennen habe. Die C. 1 quomodo et quando jud. sent. (7, 43) überläßt es dem Richter, aus der Contumacia die angemessenen Folgerungen zu ziehen, mit den Worten: Id enim eo pertinet, quod etiam absentem *damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas*. Das fr. 73 pr. de jud. (5, 1) hatte schon vorher dieselbe Anleitung gegeben. Die Const. 3 l. c. (7, 43) deutet bereits entfernt das Rechtsmittel der Opposition mit der Aeußerung an: Si ubi primum cognovistis, non *illico* de statutis (d. h. über das Contumacialurtheil) querelam detulistis. Die C. 9 eod. beschränkt die Zahl der zulässigen Ladungen auf drei. Tres denunciationes ad peremtorii edicti vicem adversus contumaces convalescere saluberiter statutum est.

Die Verurtheilung des ausgebliebenen Beklagten gleich im ersten Falle und selbst ohne Appellation, nach dem bekannten Satze: Contumax non appellat, wäre indessen gewiß eine ganz unverdiente Härte, wenn nicht ein Mittel offen und leicht erfaßlich bliebe, diese mißliche Folge wieder abzuwenden und das einmal versäumte Gehör völlig wirksam nachzuholen. Dieses Mittel ist im französischen

---

aus sich selbst entnehmen lasse, so enthalte das ungehorsame Ausbleiben des Beklagten ein Geständniß, welches den Richter ermächtige, ihn zu verurtheilen. Ebendas. Note 1.

Prozesse das nicht devolutive Rechtsmittel des Einspruches oder der Opposition für jede Instanz, wo eine Sache rechtshängig ist, für jede Partei, die hiebei ausbleibt, oder nicht gehört wurde, und überdies das devolutive der Appellation selbst. Das Wesen des ersteren, eine eigenthümliche Erscheinung in jenem Verfahren ist sehr häufig mißverstanden worden; dasselbe tritt aber im Grunde aus dem nämlichen Gedanken hervor, worin auch das Contumacialverfahren des bayer. Prozesses wurzelt, nur in einer verschiedenen Form der Entwicklung. Das römische Recht und namentlich die so eben angeführte Const. 8 quomodo et quando jud. sent. (7, 43) verlangt zum besseren Schutze des Ausbleibenden eine dreimalige Ladung desselben vor Erlassung eines Contumacialurtheiles; unser altdeutsches Gerichtsverfahren folgte ganz derselben Regel. Vergl. Maurer, altgerman. Gerichtsverfahren §§. 147, 150 und 151. Die neueren bayer. Gesetze begnügen sich bekanntlich mit einer ersten und nur einmal wiederholten Ladung. Der Grund von dem Allem ist leicht zu errathen. Wenn nämlich der Beklagte in sorgenloser Unbekümmerniß um sein Recht auf die erste Ladung ausbleibt, sie vergessen oder übersehen hat, so ist gewiß nichts billiger, als daß das Gesetz selbst seine Interessen in eine wohlwollende Fürsorge nehme und ihm einen besonderen Antrieb zur Rührigkeit in deren Wahrung verleihe. Alles liegt also daran, daß das Gesetz sich für diesen Fall ein Organ zu schaffen wisse, welches den sorglosen Gegner gleichsam bei den Schultern faßt, und ihn aus seiner übellaunigen Indolenz aufrüttelt. Diese Mannitio oder Admallitio, wie es unsere Voreltern hießen (Maurer a. a. O. §. 35) will nun der bayer. Prozeß dadurch bewirkt sehen, daß er den Beklagten noch ein zweitesmal vorladen läßt mit der angehängten Drohung, wenn er wieder nicht erscheine, werde seine Klage für abgeläugnet gehalten und er selbst mit all' seinen Einreden ausgeschlossen. Nov. v. 1837, §. 18. Das erstere ist ein Vortheil, denn sein allgemeiner Widerspruch wäre ja unbeachtet geblieben, das zweite ist ein Nachtheil, bleibt aber unschädlich, wenn er, wie gewöhnlich, keine Einreden vorzuschützen hat. Der franz. Prozeß, welcher nach Art. 1029 C. Pr. jede Drohung verschmäht, läßt lieber sein bei uns nur vorerst in Aussicht gestelltes Contumacialurtheil, auf der poena liquidi beruhend, gleich fix und fertig vom Stapel laufen, nur mit der stillschweigend daran hängenden Clausel, mit eben diesem Inhalte werde es zum wirksamen heranreifen und von selbst den Weg seiner Vollstreckung eröffnen, wenn nicht der ausgebliebene Theil vorziehen

sollte, binnen einer gewissen Frist zu erscheinen, seine Mora zu purgiren und dabei seine Vertheidigung nachzuholen. Dadurch wird nun umgekehrt der beim erstenmale Saumselige selbst in die Lage gebracht, von seiner Seite thätig mit Anträgen auftreten, sich um den Fortgang der Sache annehmen zu müssen, um die schon aufgestellte Folge jenes Urtheiles wieder abzuwenden, und den Richter zu dessen Zurücknahme zu vermögen. Jene Frist, um den Einspruch einzulegen, ist nun eine zweifache; hat der Beklagte einen Anwalt aufgestellt, ist er also zur Gegenwehr schon gerüstet, so beträgt die Frist acht Tage; hat er keinen, so vermuthet das Gesetz, er habe vielleicht die Ladung nicht erhalten, nicht verstanden, oder sich auf sein gutes Recht verlassen, das Contumacialurtheil muß also hier um größerer Sicherheit willen von einem durch das Gericht hiezu beauftragten Gerichtsboten zugestellt, und die Opposition dagegen kann bis zur Vollstreckung des Urtheiles angemeldet, muß aber alsdann binnen der nächsten acht Tage mit Bestellung eines Anwaltes und Anzeige der Vertheidigungsbehelfe erneuert werden. Ja, die Vorsicht des Gesetzes ging so weit, daß ein jedes Contumacialurtheil binnen der nächsten sechs Monate vollzogen werden muß, sonst erlischt seine Kraft von Rechtswegen, um nicht jenen Zustand der Ungewißheit, welchen ein noch immer dem Einspruche unterworfenes Urtheil herbeiführt, über das billige Maaß sich verlängern zu lassen. So lange die Frist zur Einlegung der Opposition noch offen steht, gilt diese für das glimpflichere Rechtsmittel, die Partei kann also nicht appelliren; ist der Einspruch versäumt, so findet die Berufung noch immer statt, wenn die Nothfrist dazu nicht abgelaufen ist. Gegen ein Urtheil, welches einen ersten Einspruch zurückgewiesen hat, findet natürlich kein zweiter mehr, wohl hingegen bei noch offener Frist das Rechtsmittel der Appellation statt. So lange die Oppositionsfrist nicht abgelaufen ist, darf ein Urtheil nicht vollstreckt werden, provisorische Maßregeln greifen aber unbedenklich Platz. Art. 149—165 C. Pr.[61]).

Das Contumacialurtheil ist daher in den beiden Prozessen dies- und jenseits des Rheines immer ein noch für einige Zeit provisorisches und gleichsam nur in der Perspektive gehaltenes; hier zu Land wird es vorläufig angedroht, dort in der Schwebe aufgehängt, und der Controlstempel daneben gestellt, den ihm die ohne Wider-

61) Man darf natürlich alles dieses nicht für die meditirten Combinationen einer tiefen Weisheit halten, es sind in der That nichts als zufällige Ueberlieferungen der Rechtsgeschichte des Landes.

rede begonnene Vollstreckung des Urtheiles erst aufdrücken muß. Das Rechtsmittel der Opposition beruht nur auf der Idee einer vollkommenen Amnestie für den ersten Ungehorsamsfall, eines ständigen Generalpardons für das Ausbleiben auf die erste Ladung, wobei die Opposition dem Ungehorsamen einen locus poenitentiae offen hält, ohne daß er irgend einer Entschuldigung seines früheren Ausbleibens bedürfte, wenn derselbe nur zu erkennen gibt, daß er später zur Besinnung gekommen sei und den Kampf annehme. Sein Erscheinen allein genügt nunmehr, um das erste Urtheil wieder aus dem Wege zu räumen, seine Nachtheile zu umgehen, und eine neue Verhandlung in Gang zu bringen, für welche ihm alle Vertheidigungsbehelfe offen stehen, Voreinreden, Widerspruch des Klagegrundes und zerstörliche Schutzreden. Alles dieses gilt indessen nur von dem vollständigen Ausbleiben, von dem Nichtantworten auf die mitgetheilte Klage und dem Nichterscheinen bei der mündlichen Verhandlung der Sache. Ist der Beklagte hier einmal erschienen, um seine Vertheidigung zu beginnen, später aber wieder abgetreten, hat er nur motivirte Anträge über sein wahres Begehren dem Gerichte übergeben, so gilt er für gegenwärtig, das Urtheil wird ein contradiktorisches im Gegensatze zum Contumacialurtheile, und ist der Opposition nicht mehr unterworfen. Das nämliche hatte auch im Grunde bereits das Cap. 2 in 6to de confess. (2, 19) verordnet.

Bis hieher gehen also die beiden Verfahren, obwohl in verschiedener Entfaltung, so ziemlich parallel neben einander fort; nicht dasselbe läßt sich in der höheren Instanz sagen. Der deutsche Prozeß hat die Vorschrift des römischen Rechtes in C. 13 §. 4 de jud. (3, 1): cum ei, qui contumaciter abesse noscitur, nulla sit provocationis licentia (ad judicem appellationis) immer in dem Sinne verstanden, daß der Ausbleibende die einmal verwirkte Folge seines Ungehorsames auch in der zweiten Instanz annehmen müsse, und hier durch eine neue Vertheidigung nicht mehr abwenden könne. Im franz. Gerichtsverfahren dagegen erwächst die Sache durch die Berufung an die zweite Instanz ganz frei von allen Versäumnissen zu einer neuen umfassenden Verhandlung; alle in ersterer Instanz noch weggebliebenen Vertheidigungsbehelfe, Einreden und Beweismittel stehen dem Beklagten wieder offen; der Kampfplatz ist nur um eine Stufe höher hinauf gerückt, der prozessuale Stand der Sache in erster Instanz ist aber für die zweite völlig aufgegeben und für den höheren Richter nicht mehr von bindender Kraft. Wie schon oben gesehen, können auch hier versäumte Widersprüche vor-

gebracht, Einreden vorgeschützt, Urkunden übergeben[62]), Beweise angeboten und verlangt werden; die Appellation eröffnet nochmals alle Vertheidigungswege der Opposition, das devolutive Rechtsmittel gewährt den gleichen Schutz, den man von dem nicht devolutiven erwarten konnte. Angenommen der Ungehorsame hat gegen das ihn verurtheilende Contumacialerkenntniß appellirt und er bleibt bei der angesetzten Verhandlung in der zweiten Instanz wieder aus, was ist die Folge hievon? Er findet sich hier nochmals das Rechtsmittel der Opposition offen stehen, wie der Art. 470 C. Pr. entfernt zu verstehen gibt, wonach alle übrigen Regeln des Verfahrens in erster Instanz auch dem der zweiten gemeinschaftlich sein sollen. Derselbe kann also auch hier wieder in einem zweiten Termine seine vollständige Vertheidigung nachholen[63]).

Es läßt sich wohl kaum verkennen, daß dieses System großer Verbesserungen fähig wäre; allein ein Punkt geht daraus immer ganz unwidersprechlich hervor. In solcher Weise sind die drei erforderlichen Ladungen des römischen Rechtes und selbst des altdeutschen Prozesses wiederhergestellt, und selbst um eine vierte vermehrt, die erst die wahrhaft peremptorische ist[64a]). Ein Beklagter kann auf die erste Ladung erscheinen und wenn er es nicht thut, gegen das erste Contumacialurtheil Einspruch erheben; wenn er aber diesen versäumte oder das zweitemal in der Sitzung auch nicht erschienen, somit sein Einspruch verworfen ist, jetzt erst die Berufung ergreifen, vor dem Appell.-Gerichte darf er wieder das erstemal ausbleiben, und dann immer noch die Opposition einlegen, um sich das zweitemal vollständig zur Gegenwehr zu setzen. Er kann daher bereits drei verurtheilende Erkenntnisse in beiden Taschen und der einen Hand mit sich tragen und die andere noch immer frei haben, um sein ganzes Vertheidigungssystem von Widersprüchen und Einreden ungeschmälert aufzurollen. In diesem Umstande allein dürften die übergroßen Bedenken der deutschen Rechtsschule und unseres Richterstandes gegen die poena liquidi et confessi ihre

62) Nach Gaz. d. Trib. vom 13. Juni 1850 erkannte der Cass.-Hof: Neu producirte Urkunden in II. Instanz sind keine neue Klage und daher noch zulässig.

63) Nach Boncenne, T. I. S. 122, hatte die Ordonnanz von 1667 die Befugniß zum Einspruche nur gegen Contumacialurtheile der letzten Instanz zugelassen.

64a) Es versteht sich von selbst, daß hier nur von einem möglichen, aber in der Wirklichkeit kaum je vorgekommenen Falle die Rede ist. Fehlt es an der Appellationssumme, so fällt natürlich jede neue Ladung in II. Instanz hinweg.

hinlängliche Beschwichtigung finden; ein so beharrlicher Starrsinn, der in dem Anblicke dreier Verurtheilungen mit ihren Gründen immer noch keinen Antrieb zur Vertheidigung findet, verdient gewiß keine Schonung mehr und ist ein mehr als hinreichendes Kennzeichen, daß derselbe sein Bewußtsein gefangen gibt, sich in vollem Unrechte zu befinden, daß er entweder keine haltbare Antwort zu geben weiß oder die ihm mögliche mit voller Umsicht fallen läßt. Nur das Unwiederbringliche des Nachtheiles für den ungehorsamen Beklagten kann es bis jetzt gewesen sein, was die große Scheu vor jener Folge einflößte; kann derselbe jedoch, wie gezeigt, auf zwei oder drei weiteren Stufen alles Versäumte wieder nachholen, nachdem doch sein ganzes Interesse der Abwendung ausgebreitet unter seinen Augen liegt, so ist ihm gewiß eine hinlängliche Bedenkzeit gegeben, zur Besinnung zu kommen; bleibt aber auch diese unbenutzt, so muß der weitere Zweifel, welcher die Klage erst noch bewiesen verlangt, nicht nur unnatürlich, sondern auch als eine offene Verletzung des Prinzipes erscheinen, welches alle Anschauung des Ungehorsames im Prozesse beherrscht.

Blicken wir nebenbei auf unser eigenes Verfahren zurück, um die Consequenzen der einzelnen Bestimmungen über den Ungehorsam einer Prüfung zu unterwerfen, so finden wir allerdings im §. 18 der Nov. v. 1837 an das Ausbleiben des Beklagten im ordentlichen Prozesse die Fiktion eines allgemeinen und speziellen Widerspruches geknüpft, welche den Kläger mit der Beweislast über den Klagegrund belastet. Allein hart an diese Regel drängen sich zahlreiche Ausnahmen und Widersprüche mit derselben[64b]). a) Nach GO. K. XII. §. 1 Nr. 8 und Nov. v. 1837 §. 19 wird jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden angenommen; wie kann man also einen besonderen Widerspruch demjenigen in den Mund legen, der gar nicht antwortet, und welche Gefahr ist größer, das zufällige Uebersehen, einen erfundenen und künstlich in das Uebrige verschlungenen Umstand zu widersprechen, mit dem fingirten Bekenntnisse zu bestrafen oder denjenigen für geständig anzunehmen, welcher dem Gerichte, dem Kläger wie den

64b) Im österreich. Prozesse nimmt gleichfalls das Gesetz an, die von einer Partei angeführten Thatumstände seien wahr, insoferne sie der Gegner nicht in gehöriger Weise widersprochen hat. Der Richter muß die in der Klage angeführten Thatsachen, soweit dieselben durch die vom Kläger vorgelegten Beweismittel nicht widerlegt werden, für wahr halten und danach die Streitsache erledigen. Beidtel's ordentl. Verf. §§. 66 u. 110.

Richtern zweimal den Rücken zeigt? b) Nach K. IV. §. 11 konnte der Kläger seiner Klage Artikel beilegen, damit der Beklagte gleich anfänglich sub poena confessi darauf zu antworten angehalten werden möge; die Einkleidung in Artikel, denen noch gar kein Zeuge beigefügt zu sein brauchte, sollte also eine Folge herbeiziehen, welche dem natürlichen Vortrage einer Erzählung versagt war. c) Nach K. XI. §. 7 Nr. 1 u. 2 gilt jede Urkunde für anerkannt, auf welche sich der Beklagte nicht in der ersten Antwort erklärte, und nach §. 18 Nr. 1 der Nov. v. 1837 gilt dieses sogar gegen den ungehorsamen Beklagten, wenn dieselbe nur im Originale oder in beglaubigter Abschrift vorgelegt war; d) nach K. XIII. §. 2 Nr. 4 und 11 verwirkt die unterbliebene Erklärung auf den zugeschobenen Haupteid die poena recusati. Auf allen Seiten findet daher der Beklagte seine Versäumnisse von der poena liquidi et confessi wie mit Garnen umstellt; nur sein gänzliches Ausbleiben, auf eine erste und zweite Ladung, um zu antworten, oder sein Verweigern jeder Antwort sollte ihn retten und ihm die Absicht eines Widerspruches unterstellen lassen? Wie läßt sich in allem Dem nur ein Schein von Consequenz herausfinden?

Der zweite und weit seltenere Fall, die Folge des Ungehorsames zu verhängen, tritt im franz. Prozesse alsdann ein, wenn der ausbleibende Beklagte einen erschienenen und gehorsamen Streitgenossen an seiner Seite hat; der Art. 153 C. Pr. gibt hiefür die gehörige Anleitung. Es wird alsdann in der ersten Tagsfahrt kein Contumacial-, sondern ein s. g. Verbindungsurtheil erlassen, d. h. ein Vorbescheid, welcher dem Ausgebliebenen aufgibt, in der wiederholt angesetzten Tagsfahrt zur Verhandlung der Sache zu erscheinen, widrigenfalls er als angeschlossen an die Vertheidigung seines Mitbeklagten betrachtet würde [65a]). Das zweite Urtheil, wenn derselbe wieder ausbleibt, wird alsdann auf das Vorbringen des Erschienenen gefällt und gilt daher, was es auch wirklich ist, für alle Streitgenossen als contradiktorisch, so daß kein weiterer Einspruch gegen dasselbe mehr stattfindet [65b]). Dem Gerichte bleibt natürlich über-

---

65a) Der angeführte Art. 153 drückt diesen Gedanken mit den ziemlich dunkeln Worten aus: le profit du défaut sera joint, statt zu sagen le profit des défenses sera joint. Vgl. Rogron a. a. O. zu jenem Art.

65b) Bleibt in diesem zweiten Termine der Kläger aus, so kann dieser noch Einspruch erheben, wie die Civilkammer des Cass.-Hofes den 4. April 1859 entschieden hat. (Gaz. d. Trib. v. 6. April 1859.) Es können also doch drei, und in beiden Instanzen sechs Verhandlungen statt finden, bis die Sache vor die

lassen, welche Schlüsse es aus dem Ausbleiben des einen Mitbeklagten zu ziehen für angemessen findet; von selbst geständig kann jedoch der letztere in solchen Punkten nicht gelten, welche sein Streitgenosse widersprochen hat. Es ist dieses beiläufig dasselbe Verfahren, welches die bayer. GO. K. VII. §. 2 Nr. 9 mit den Worten bezeichnet, das Litisconsortium ex officio formiren lassen, oder was in unseren Schuldenwesen so gewöhnlich ist, wo die Betheiligten in der Regel mit dem Anhange geladen werden, daß die Ausbleibenden so angesehen würden, als seien sie den Erklärungen der Mehrheit der Erschienenen beigetreten.

Beinahe von selbst scheint sich hier am Schlusse dieser Betrachtungen noch die Frage aufzudrängen, worin denn nach allem Dem ein wirksames Mittel der Abhilfe bestehen könnte, um den empörenden Mißbrauch der willkührlichen Abläugnungen im deutschen Prozesse von Grund aus zu heben, und wo sich ein Ansehen hernehmen, wie eine Macht aufrichten oder mit welchen Kräften ein Gesetz sich ausrüsten lasse, um das tief in der Wurzel stehende Uebel zu vertilgen, und unserem Rechtsboden den ewigen und ehrlichen Wahrheitsfrieden wiederzugeben? Ganz ohne Nutzen wäre es vor Allem, hiebei auf die Anwendung gelinder Mittel und ein freundliches Zureden, auf einigen Erfolg neuer Verbote oder dringlicher Ermahnungen zu zählen. Jede Ansprache an den Patriotismus, jedes Hinwirken auf einen Enthusiasmus für die gute Sache, den der plötzliche Umschwung der Gesetze von selbst hervorrufen sollte, würde sicher von Allen nur mit einem mitleidigen Lächeln aufgenommen werden. So lange es unseren Fürsprechern hingeht und möglich bleibt, ihr Viaggia sicuro an ihre Klienten um schweres Geld zu verkaufen und jedem derselben, der die Lust bezeigt, es auf das Aeußerste ankommen zu lassen, bis zum Rückzuge in den hintersten Winkel einen undurchdringlichen Schild vorzuhalten, heißt es wirklich ihre Gabe der Selbstverläugnung auf eine übermenschliche Probe stellen, wenn man von ihrer Seite verlangen oder erwarten wollte, von ihnen selbst müsse die Bekehrung ausgehen, eine Reue verspürt und offen an den Tag gelegt werden, welche ihren alten Angewöhnungen so geradezu widerstrebt und von den Erträgnissen ihres Dienstes so bedeutende Opfer verlangen würde.

Von den Kennern der Rechtsgeschichte und den Verehrern einer

Requeten- und dann die Civilkammer des Cass.-Hofes kömmt, was fast unwillkührlich an die Möglichkeit von acht Urtheilen und ebensoviel Instanzen erinnert.

alterthümlichen Rechtsbildung hört man zuweilen die poena inficiationis des römischen Rechtes in Vorschlag bringen, das ist, die Verurtheilung des Läugnenden zum doppelten oder vierfachen Ersatze seiner ganzen Schuld. Kann wohl Jemand im Ernste an eine Rückkehr zu jener Simplicität längst entschwundener Jahrhunderte denken? Wäre sie deshalb um etwas milder oder leichter zu ertragen, weil sie gewissermassen aus der Wiege unseres Rechtslebens abstammt? Eine solche Strafe müßte natürlich immer die Partei treffen, die doch sehr oft der unschuldige Theil ist. In dem obersten Gerichtshofe zu M. geht es nicht ohne große Schwierigkeit ab, gegen den muthwilligsten Appellanten ein Succumbenzgeld von 9 auf 18 fl., die Geldstrafe für ein unzulässiges Revisionsgesuch von 10 auf 20 fl. zu erhöhen, während doch das Gesetz dort bis auf 90, hier bis auf 50 fl. zu gehen erlaubt. Und nun sollten sich Richter finden und dazu hergeben, einen Schuldner von einhundert Gulden, welche derselbe abläugnet, in 200 fl., und wenn dabei eine unredliche Weigerung unterläuft, gar in 400 fl. zu verurtheilen? §. 25, 27 Inst. de act. (4, 6). Schon zu Zeiten des Kaisers Justinian war die Geldbuße von ein Zehntheil der streitigen Summe für den frivolen Kläger außer Uebung gekommen, wie wir aus §. 1 J. de poena tem. lit. (4, 16) ersehen können; auch ist zu einer so exorbitanten Härte weder ein Grund noch ein Bedürfniß vorhanden.

Die Nachschrift zur Advokatenmoral der Blätter f. RA. (Bd. XII. S. 62 u. 63 N. 41) scheint sich zu dem frommen Glauben hinzuneigen, die Rückkehr zu den großen Prinzipien der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege könne in Civilsachen nicht verfehlen, gleichsam mit einem Zauberschlage alle Richter und Parteien, Anwälte und andere Fürsprecher mit einer patriotischen Begeisterung zu beseelen, welche von selbst die Lügengewebe und schmählichen Winkelzüge, wie solche bisher im Brauche standen, in eine heilsame Ohnmacht versinken ließe; das öffentliche Schamgefühl würde in seiner mächtigen Erhebung auf einen solchen Impuls hin Niemand mehr erlauben, bei offenen Gerichtsthüren eine Unwahrheit über die Lippe zu bringen oder einer Wahrheit das Einbekenntniß zu versagen; die strafende Gerechtigkeit, welche die heilige Schaar der Zuhörer als Vertreter der öffentlichen Meinung im ersten Augenblicke mit ihren zornglühenden Blicken ausübe, würde das kräftige Hinderniß sein, um jemals die alten verödeten Wege wieder betreten oder darauf fortwandeln zu können. Hienach soll also die Oeffentlichkeit gleichsam den Dienst des Flusses Alpheus

thun. Neuere Entwürfe von Prozeßgesetzen scheinen sich beiläufig denselben Erwartungen zu überlassen[66]). Auf eine ernstliche Widerlegung zu zählen, wird der Optimismus, welcher diese Prognose eingab, wohl kaum Verlangen tragen; auch scheint solches für den eindringenden Blick des praktischen Beobachters in die wahre Lage der Dinge von keinem Nutzen zu sein. Ein so gewagtes Vertrauen würde wohl in der kürzesten Zeit dieselbe Enttäuschung erfahren, wie diejenige darüber war, als würde die Reform unserer Strafrechtspflege das Verbrechen in wenigen Jahren zum Erlöschen bringen.

Die Hilfsmittel, welche hier wirken sollen und allein zu wirken im Stande sind, müssen ganz positiver Natur und peremptorisch in ihrer Tragkraft, mit einer dreifachen Stärke der Springfedern ausgerüstet, sie müssen wahre Ausnahmsgesetze sein. Es gibt nur ein Mittel, von dem sich ein sicherer Erfolg erwarten läßt, so viel auch Muth dazu gehört, dasselbe anzurathen und bei der ganzen Richtung des Zeitgeistes nur auszusprechen, und dieses Mittel besteht darin, die ganze Civiljustiz auf wenigstens 8 bis 10 Jahre in den kleinen Belagerungsstand zu erklären, — si parva licet componere magnis. Eine wahre Lebensfrage steht hiebei auf dem Spiele; denn Eines ist ganz gewiß: eine Justiz ist keine Justiz mehr, wenn die Kräfte des starrsinnigen Widerstandes, die sich alle Tage gegen sie empören, stärker sind und bleiben, als die Mittel der Bändigung. Es ist wahrhaft lächerlich, wenn man sagen hört, unsere GO. wäre vortrefflich, wenn nur ihre Vorschriften auch beobachtet würden, weil ein Gesetz, welches nicht die Zwangsmittel darbietet, ihm die gehörige Geltung zu verschaffen, so gut wie kein Gesetz ist[67]).

66) Auch Gaib bemerkt hierüber a. a. O. S. 62 in gleichem Sinne: „Werden unsere Advokaten genöthiget, das Dunkel ihrer Arbeitszimmer zu verlassen, und in mündlicher Rede vor den Gerichten und unter den Augen des Publikums ihre Sache zu führen, ist es ihnen... erlaubt, sich als eigentlich integrirenden Bestandtheil des ganzen Verfahrens zu betrachten: so wird eben damit nicht blos ihr Selbstgefühl und Selbstvertrauen erwachen, sondern sie werden zugleich gezwungen sein, wenn sie sich nicht der öffentlichen Verachtung preis geben, und damit ihre gesammte Wirksamkeit selbst zerstören wollen, auf alle jene Unwürdigkeiten und Schamlosigkeiten, auf jene schlechten und unehrlichen Waffen Verzicht zu leisten, die wir in unserem dermaligen Advokatenstande leider so häufig antreffen. — Von Völderndorf in seinem „Wesentlichen des franz. Civ. Pr." S. 30 Nr. 4 macht so ziemlich dieselbe Bemerkung. Aehnliche Ansichten hegen Mittermaier, Dr. Lauk und Andere. Vgl. Archiv f. civ. Pr. Bd. 41, S. 422, 424 ff.

67) Schon der Apostel sagte: Nos scimus, quia lex bona est, modo quis ea utatur legitime. Boncenne a. a. O. T. I. Nr. 8.

Man muß zu dem Entschlusse gefaßt und vor Allem zu seiner Durchführung gerüstet sein, nicht gegen die Personen, wohl aber gegen die Dinge selbst, gegen das Spiel der Intriguen, die Zügellosigkeit verächtlicher Umtriebe, die Sicherheit der Ausflüchte, gegen die Freibeuterei mit Trug und Lüge das Standrecht zu verkündigen und bis in die letzten Winkel ihrer Zufluchtshöhlen zu handhaben[68]). Um aber hiemit zu einem erwünschten Ziele zu gelangen, zeigen sich zweierlei Wege offen. Ein System von Repressivmitteln, von Verweisen, Geld- und selbst Arreststrafen scheint das natürlichste zu sein; auch war dasselbe bereits dem römischen Rechte bekannt, und ist mit ihm bis auf unsere neueste Gesetzgebung herabgestiegen, wie die im Eingange dieses Abschnittes gegebenen Auszüge bewähren. Arg. C. 13 §. 9 de jud. (3, 1): Illo... observando, ut si neque per alterutram litigantium partem nec per judicem steterit, quo-

68) Noch ein Beispiel, um dieses harte Wort zu erklären. Ein Kaufmann hatte einen Waarensaldo von 355 fl. gegen einen Landkrämer eingeklagt; im Verhandlungstermine erbot sich der Anwalt des Beklagten, die Schuld sogleich mit Zinsen und einem Theile der Kosten als liquid anzuerkennen, wenn ihm der Kläger eine Zahlungsfrist von sechs Monaten bewillige. Der klägerische Anwalt ging nicht darauf ein, der des Beklagten gab daher seine Antwort auf die Klage ab, worin er die Forderung in quanto et quali widersprach und ihr eventuell drei Einreden entgegenwarf, die der Verletzung über die Hälfte, der Zahlung und einer erst vor 14 Tagen auf unbestimmte Zeit bewilligten Zahlungsnachsicht. Die erste Instanz hatte den glücklichen Gedanken, die Forderung virtuell für zugestanden anzunehmen, und verurtheilte daher den Beklagten sogleich nach der Klagsbitte; die zweite hielt diese Auffassung für willkührlich und setzte daher sowohl den Klagegrund, als die Einrede der Zahlung zum Beweise aus. Kein franz. Gericht von Straßburg bis Bayonne hätte diesen Vertheidigungsmitteln das geringste Gewicht beigelegt. Der oberste Gerichtshof stellte das erstrichterliche Urtheil wieder her. Als sich der Gläubiger über eine solche Erwiederung in einem Briefe bitter beklagte, antwortete ihm sein Gegner in reumüthigem Tone der Entschuldigung: ...„Ich war ebenso erstaunt, wie Sie, dieses von meinem Anwalte zu hören.... Am Morgen der Tagsfahrt, (die mich unvorbereitet überraschte,) übergab ich die Sache dem in meinem Hause wohnenden Advokaten mit dem Bemerken, er möge thun, was er glaube, recht zu sein.... Als nun der Ihrige seinen Vorschlag nicht annahm, erklärte mein Anwalt demselben gegenüber, „daß er ja nur Sachen aus der Luft greifen müsse," und hat dieses auch, wie ich nun erfuhr, gethan, was mir höchst unlieb ist. Er sagte sogar Ihrem Anwalte, ob er noch mehr solchen Unsinn hören wolle, denn anderes könne er im Augenblicke nichts erklären; Ihr Anwalt hatte jedoch genug davon.. ich füge hinzu, daß ich Sie ehrlich und redlich bezahlen werde." — Trotz dem nahm der Prozeß noch zwei Jahre seinen Fortgang. Ist das nicht die reinste Freibeuterei? Was sollte noch länger davon zurückhalten, eine solche Patrocinanz unmöglich zu machen? (Bl. f. RA. Bd. XXIV. S. 43.)

minus lis suo marte decurrat, *sed per patronos causarum*, licentia detur judici, et eos duarum librarum auri poena afficere[69]). Allein in unseren Tagen ist dieses Mittel abgenützt und überlebt; alle Richter hegen ein wohl erklärbares Widerstreben, schwere Geldstrafen zu verhängen, die gelinden aber wirken nicht. Ohnedies wird bei allen Strafen, welche das Gesetz androht, das niedrigste Maaß als eine selbstverständliche und beinahe unübersteigliche Gränze aufgefaßt.

Weit besser würde gewiß ein System von Suppressiv- oder Amortisationsmitteln wirken. Die Chikane muß sich hoffnungslos zur Ohnmacht verurtheilt sehen, den Richtern aber muß zustehen, dieselbe mit der Schärfe ihrer Wahrnehmung zu signalisiren und wo sie dieselbe immer antreffen, auf der Stelle zu entwaffnen; alle Nachtheile, die er damit seinem Gegner zufügen wollte, müssen mit dreifacher Schwere auf denjenigen zurückfallen, der sich eine so verkehrte und pflichtvergessene Lage im Prozesse selbst geschaffen hat. Kein Mittel ist so natürlich und wird sich im Erfolge so wirksam bewähren, als dasjenige, über die frivolen Angriffs- und Vertheidigungsmittel unbeachtet hinwegzugehen, — de passer outre, wie die Art. 477 u. 491 C. Pr. sagen, über den frivolen Widerspruch als nicht ernst gemeint, über die Abläugnung einer Privaturkunde, weil ihre Aechtheit augenscheinlich ist, über die Anstände wider eine öffentliche, weil sie den Stempel als unverfälscht bereits auf der Stirne trägt; juristisch oder nichtjuristisch ist hier gleichviel, es genügt schon, daß es natürlich und kräftig, daß es ganz gerecht und praktisch ist, Gründe genug, um dasselbe zugänglich zu machen und seinen Gebrauch über alle kleinlichen Zweifel zu erheben, die etwa das Sophisma dagegen aufthürmen möchte.

Folgende Regeln könnten wohl, in eine bestimmte Formulirung gebracht, der Lösung einer solchen Aufgabe am nächsten treten:

a) Einführung fester räumlicher Maaße und stehender Gebühren für alle Schriften als Behelfe der Rechtsvertretung, unübersteigliche Taxen, feste und unerstreckliche Fristen, oder doch solche, die nur einmal um die Hälfte ihrer ersten Spielweite verlängert werden können, Beschränkung der Schriften auf das Wesen französischer Bittschriften oder motivirter Anträge und eine unübersteigliche Blätterzahl von ein, zwei oder drei Bogen, sowie auf die im Gesetze selbst ausschließlich zugelassenen Sätze, Abstrich aller Gebühren für

69) Zwei Pfund Gold sind heutzutage gegen 1800 fl. oder 1000 Thlr.

die übrigen und namentlich für alle Nachträge und Ergänzungen früherer Schriften, sowie für solche Eingaben, wozu ein persönlicher Grund oder ein Versehen des Anwaltes die Veranlassung gaben, im Geiste der Art. 65, 81, 82, 102, 103, 105 u. 531 C. Pr.[70]). Wenn alle Noten, welche zwischen den europäischen Kabinetten in der orientalischen Frage gewechselt wurden, sich leicht auf drei Bogen für jede einzelne niederschreiben ließen, was man aus jeder Zeitung ersehen kann, warum sollte ein ähnlicher Streifen Papier nicht auch für unsere ärmlichen Civilprozesse genügen, während es sich dort um zwei ansehnliche Fürstenthümer handelte? Es läßt sich jeden Augenblick nachweisen, daß vor 40—50 Jahren alle Prozeßschriften, namentlich in Unterfranken, noch geringer an Umfang waren und dennoch besser dazu dienten, den wahren Stand der Sache aufzuklären. Höchstens bei Sachen, deren Gegenstand über fünf oder zehntausend Gulden beträgt, ließe sich in jeder der höheren Instanzen eine umständlichere Denkschrift von jeder Seite auf dem bisherigen Fuße dulden[71]).

b) Auch bei mündlichen Verhandlungen muß dem Vorstande, Richter oder Oberrichter zustehen, die Verhandlung als erschöpft abzubrechen oder einem Anwalte eine gewisse Zeit für seine Rede vorzustecken, oder auch bei unverbesserlichen Abschweifungen ihn darauf zu beschränken, noch zwei oder drei Gründe in ebenso vielen Sätzen zur Vervollständigung auf der Stelle schriftlich zu übergeben, wenn er sich in seinem wesentlichen Gehöre durch eine Unterbrechung für verkürzt erklärte, ähnlich demjenigen, was ein franz. Redner nur allein thun kann, wenn der Staatsanwalt einmal gesprochen hat. Art. 111 C. Pr. — Art. 87 des kais. Dekretes vom 30. März 1808.

c) Vor Allem wäre nöthig die Ermächtigung aller Gerichte,

70) Im englischen Prozesse muß der Kläger mit jeder Contraktsklage, die immer selbst ein steifes Produkt der Formularjurisprudenz ist, dem Beklagten eine vollständige Spezifikation und thatsächliche Entwicklung seiner Forderung, gleichsam den Schlüssel zum Verständnisse der Klage bildend, zustellen lassen. Diese Auseinandersetzung darf aber nie über drei Folioseiten enthalten, und muß auf diesen Raum beschränkt werden; für alles übrige kann kein Ersatz verlangt werden. Rüttimann, a. a. O. §. 239.

71) In einer sehr einfachen Sache, welche eine Forderung von 250 fl. betraf und bis zur Quadruplik verhandelt war, setzte der Anwalt des Beklagten für die Nebenverantwortung allein, die doch gewöhnlich Niemand liest, 64 fl. Gebühren an, worunter 48 fl. Verfaßgebühr. Das App.-Gericht setzte diese auf 4 fl., das Ganze auf 9 fl. herab, wobei er sich auch beruhigte. (RNr. 1320, 57/58.)

den guten Glauben oder die Frivolität einer Prozeßhandlung, wie solches von jedem dolus gilt und nur allein möglich ist, aus den Umständen zu erkennen und zu constatiren; jeden Behelf, sei derselbe Behauptung oder Widerspruch, Vorschub oder Weigerung, wie bei der Feuerprobe über ein glühendes Eisen, so über den Scharfsinn ihrer eindringlichen Beobachtung hinwegzuführen, und diejenigen, welche in dieser Prüfung nicht Stand halten, als nicht ernst gemeint, nicht annehmbar oder wahrscheinlich bei Seite zu setzen, wie solches die bayer. GO. für die Berufungsbeschwerde, eine sehr wichtige Klasse von Schutzmitteln, bereits verordnet hat.

d) Insbesondere muß den Richtern zustehen, für die Zulassung von Beweisen auch die Wahrscheinlichkeit eines günstigen Erfolges, gleichwie den Punkt mit zu Rath zu ziehen, ob eine Thatsache nicht gleich von vorne herein durch alle Urkunden und Umstände des Falles bereits widerlegt sei. Art. 1677 C. N. Art. 253 C. Pr. („pourra").

e) Die freche und schamlose Lüge, die ausweichende, zweideutige, sich selbst oder anderen Umständen widersprechende Antwort, der offenbar unredliche Widerspruch, welcher notorische Umstände zu überspringen sucht, muß förmlich mit dem Interdikte belegt werden. Die Folge hievon bestünde darin, daß dem Gegner alsdann auf sein Wort geglaubt würde, sobald es nur von den übrigen Umständen lebhaft unterstützt ist, daß auch in anderen Punkten seine Angaben, die er nur wahrscheinlich zu machen vermochte, vollen Glauben finden könnten, die dem Interdikte verfallene Partei selbst aber die Verhandlungsmaxime verwirkte, quia praetorem contemnere videtur (fr. 11 de interrog. in j. f. — 11, 1), daß den Gerichten das Ansehen verliehen würde und gleichsam zuwüchse, die wahre Bewandtniß der Sache nun von Amtswegen summarisch zu erforschen, daß jene Partei überdies aller Prozeßwohlthaten und Privilegien, der Fristverlängerungen, Vertagungen und Wiederherstellungen gegen Versäumnisse in dieser Sache für verlustig erklärt würde. Sic enim non lites solum, sed etiam calumniatores minuentur. C. 2 §. 8 de jurejur. propt. cal. (2, 59).

f) In jedem Falle haben sich die Richter mit ihrer freien Einsicht zu Sachverständigen über die Aechtheit oder Fälschung der Originalurkunden zu erheben, mit der Befugniß, eine beanständete oder diffitirte, wenn völlig unverdächtig befunden, sogleich als ächt anzunehmen, oder, wenn sie eine öffentliche ist, den angebotenen Fälschungsbeweis zurückzuweisen. Art. 195, 214, 248 C. Pr.

g) Dem Anwalte, der sich zu einem Umtriebe jener sträflichen Art hergibt, wäre außer einer ergiebigen Geldstrafe die weitere Vertretung einer solchen Sache, worin er sich so pflichtvergessen verfehlte, zu untersagen, nach fr. 9 §. 1 de poenis (48, 19). Nec non ita quoque interdici potest alicui, ne certis personis adsit (vel causis). Desgleichen, GO. K. VII. §. 4 Nr. 1 „oder „welchen die Anwaltschaft wegen verübter Ungebühr bereits nieder„gelegt ist.“

h) In besonders unverantwortlichen Fällen, z. B. bei gewissenlosen Angriffen auf eine ganz unverdächtige Urkunde oder der Weigerung, ihre Aechtheit auf der Stelle anzuerkennen, was ein schreiendes Hauptgebrechen unserer Verhandlung bildet, könnte die öffentliche Bekanntmachung des Fürsprechers damit verbunden werden, der hiedurch von selbst in die Klasse eines Winkelagenten herabsteigt, nach Nr. IV. der bayer. Verordnung vom 13. Aug. 1804 (Rggsbl. 1804 S. 913)[72]).

i) Die ganz pflichtwidrigen nur auf der Flucht eines Widerspenstigen ersonnenen Eingelenke und Wendungen, um den Ausgang eines Prozesses aufzuhalten oder sich einer Verurtheilung auf längere Zeit zu entziehen, sind gewiß für den Gegner ein damnum injuria datum, wofür demselben Ersatz und volle Genugthuung ebenso gut gebührt, als hätte ihn der Schuldige mißhandelt, zu Boden geworfen, auf der Reise aufgefangen und in sein Haus eingesperrt. §. 1 J. de poena tem. lit. (4, 16): ut improbus litigator *et damnum* et impensas litis inferre adversario suo cogatur. Den Gerichten muß deshalb zustehen, jene Genugthuung, wie allen Schadensersatz, nach den Umständen des Falles frei anzuschlagen, dem Gegner zuzuerkennen und dadurch ein wirksameres Repressivmittel in's Leben zu rufen, als alle unsere Geldstrafen und Succumbenztaxen sind, wenn sich der Beklagte am Ende in seine Schuld von 2000 fl., in alle Zinsen und Kosten und nebenbei noch wegen seines frivolen Widerstandes in 500 fl. Prozeßschäden, dommages et

---

72) Das Pactum de quota litis ist für die Advokaten mit der Amotion bedroht, und dieses Verbot wird bekanntlich auch gehandhabt. Wenn es aber ein Anwalt auf sich nimmt, einer Partei für reichliche Belohnung durch seine planmäßigen Umtriebe und vielfältigen Eingelenke auf eine gewisse Zeit Ruhe zu verschaffen, was ist es, moralisch betrachtet, Anderes, als ein Pactum de quota litis, das Ausbedingen eines schönen Stückes der streitigen Summe? Was ist es Anderes, als ein enormer Zinswucher, der den Preis für den bewirkten Aufenthalt der Bezahlung einem geschäftigen Zwischenträger in die Seitentasche spielt?

intérêts verurtheilt fände. Vergl. Art. 213, 246, 289, 314, 316, 361, 367, 390, 479, 494, 500 u. 513 C. Pr. Siehe unten Abschnitt XIV. Nr. 10 u. Note 11[b].

k) Gegen den Prozeßführer, der sich als unredlich bezeichnet und auf Schleichwegen betreten läßt, gegen einen improbus litigator im Sinne der obigen Stelle muß der Personalarrest als Executionsmittel, und zwar namentlich für die im vorigen Punkte erwähnte Genugthuung den Gerichten nicht blos zugänglich, sondern auch praktisch geläufig gemacht werden, wenn sich die Beschaffenheit der Forderung auch nicht dazu eignet. In einem Schlußabsatze des Endurtheiles könnte das Gericht aussprechen, daß die Forderung und Genugthuung mittels verhängter Personenhaft auf die Dauer von sechs Monaten bis zu zwei Jahren beigetrieben werden könne. Art. 126, 213, 246 C. Pr.

l) Endlich muß noch eine neue Gesetzgebung ganz im Allgemeinen, was das Wichtigste bei der Sache, und schon durch den freien Aufschwung der Ideen unseres Jahrhundertes als unerläßlich geboten ist, alle formellen Schranken der Verhandlung und Wahrheitsfindung völlig umstürzen, die spitzfindigen Grübeleien, ob eine Behauptung am rechten Orte stehe, eine Abläugnung auch vollständig und bestimmt genug sei, verbannen, jedem erlauben und ihn dazu anhalten, von freier Brust weg zu sprechen, Anführung und Widerspruch, Stillschweigen oder Ausweichen in der Antwort, einen Widerstreit der Vertheidigungsmittel für dasjenige gelten lassen, wofür sie alle Welt auf- und annimmt, die Einrede der dunklen Klage oder mangelhaften Substanzirung, sowie eine Menge anderer Voreinreden ganz verbieten und außer Kurs setzen, nur den Richtern überlassen, was sie klar oder unklar finden, die Anwälte verpflichten und nöthigen, ihre Information durch eine Art Voruntersuchung gleich anfangs über die ganze Sache mit Allem, was davon abhängt, zu verbreiten, im Sinne des fr. 34 pr. de jurejur. (12, 2) spatium dandum, ut certioretur et sic... (respondeat), — den Gegner, der etwas dunkel findet, anweisen, dasselbe durch seine Aufschlüsse selbst aufzuhellen, die Beweislast der positiven Behauptung abnehmen und sie auf jene Seite hin verlegen, wo aus einem Umstande ein Recht hergeleitet wird, die Richter verpflichten, alles ihrem Urtheile zu Grund zu legen, was nach dem Stande der Verhandlung gewiß ist, mag es behauptet sein oder nicht, das Notorische in seine Rechte wieder einsetzen, den Grundsatz: qui excipit non fatetur, aus der Jurisprudenz austreiben und den Richtern anheim-

stellen, von den widersprechenden Behelfen nur die annehmbarsten als ernst gemeint gelten zu lassen, die poena liquidi als facultativ auf den Ungehorsam setzen, dem Beklagten aber nebenbei die nöthigen Mittel eröffnen, dieselbe durch seine Reue und Nachholung wieder von sich abzuwenden, den Richtern das Fragerecht gegenüber den Parteien, gleichwie das Abverlangen aller Urkunden zurückgeben, wovon eine Partei Gebrauch machen will.

In einem Cyclus dieser und einiger anderer Direktiven ließe sich leicht eine pragmatische Sanktion, eine Art verjüngten Landfriedens zur Erhebung der Wahrheit und zum Umsturze der Lüge in's Leben rufen, welche stark genug wären, binnen der kürzesten Frist den Gang des deutschen Prozesses auf einen ganz anderen Fuß zu versetzen, die Verkäufer der Chikane aber aus dem Tempel auszutreiben. Hier wäre die beste Gelegenheit, den offenen Rath eines geheimen Rathes aus Berlin zu befolgen: die Theorie muß „Rechtsumkehrteuch" machen [73]). Man wird vielleicht die Anregung solcher Ideen als heißspornig belächeln, man wird die gemachten Vorschläge als halb türkisch, und zum Theile ganz barbarisch weit von sich zurückweisen; so viel bleibt immer gewiß, daß sie nicht von der Nymphe Egeria in ihrer Grotte eingeflüstert sind. Die obigen Vergleichungen bewähren vielmehr, daß sie zum großen Theile von dem klassischen Boden der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit herstammen, zweier Grundsätze, die von jeher als die Aushängschilde des Liberalismus vom reinsten Wasser galten. Wer für gut findet, die kräftigen Mittel der Abhilfe von der Schwelle der Berathung zurückzuweisen, der muß vor Allem andere Vorschläge in Bereitschaft haben, und den gründlichen Beweis liefern, daß dieselben ausreichen, um zu dem nämlichen Ziele hinzuführen. Hat man noch je dergleichen hervortreten sehen, und wer hat den Versuch davon unternommen? Alles wehmüthige Klagen über das leidige Gebahren der Anwälte, alle empfindsamen Bedenken gegen das Ausstrecken einer eisernen Hand wäre hier vergeblich und am unrechten Orte, wie eine Erfahrung von fünfzig Jahren zur Genüge bewiesen hat. Ohne die kräftigsten Impulse zur Kundgabe der Wahrheit vor den Schranken der Gerechtigkeit hat die ganze Oeffentlichkeit des Ver-

73) Den deutschen Civilprozeß auf französischen Fuß versetzen, würde in den Augen der Meisten fast ebenso viel heißen, als die Justiz lieber gleich ganz zur Administration verweisen. Auf sein jetziges Wesen die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit aufpfropfen, hieße dagegen eine widernatürliche Verbindung stiften, deren mulattische Sprößlinge weder erb- noch lebensfähig ausfallen könnten.

fahrens in Civilsachen nicht den Werth einer Haselnuß; ohne die **freie** Beweglichkeit des Urtheiles über die Thatsachen des Prozesses, **ohne** eine zwanglose Kritik des inneren Werthes einer jeden Anführung und der Glaubwürdigkeit jeder Abläugnung verdient sich **alle** Mündlichkeit nicht den Preis eines Pfefferkornes. Denn die Richter, die gebunden bleiben, einen klaren Widerspruch gegen besseres Wissen noch immer zu respektiren, oder nur dasjenige zu glauben, was zwei Zeugen bestätigen, oder was eine Partei beschworen hat, würden gar nicht wissen, was sie mit den Lichtpunkten anfangen sollen, welche ihnen aus der mündlichen Verhandlung der Sache mit allen Urkunden, allen Haupt- und Nebenumständen des Falles einströmen, ihre Ueberzeugung unwiderstehlich mit sich fortziehen.

Vor wenigen Jahren schien man in Bayern ein großes Vertrauen auf die neue Gerichtsverfassung als den Anfang einer wirksamen Abhilfe zu setzen; jetzt ist dieselbe in den wesentlichen Punkten eingeführt, wo zeigte sich aber bisher nur die geringste wohlthätige Aenderung in ihrem Gefolge? [74]) Ohne die Belebung einer frischen und kräftigen Gerichtszucht ist alles Uebrige nur Verlust an Zeit und Mühe, ein nutzloses Opfer von Arbeit und Geld. Jene Willfährigkeit der Unterwerfung unter die geltenden Gesetze, jener moralische Anstand mit dem lebendigen Sinne für Ordnung und Ehrbarkeit, welche die französischen Fürsprecher bereits vor den Anblick der Gerichte mitbringen, jene Achtung für Recht und Wahrhaftigkeit, welche sie in ihrem Auftreten aus alter Gewohnheit bewähren, müßte ihren Amtsbrüdern in den deutschen Gerichten, um ebenso darauf zählen zu können, nicht blos auf's neue zur Pflicht gemacht, sondern auch von ihnen durch unerbittliche Maßregeln für einen Fall wie für alle erst erzwungen werden. Niemand kann sich hiebei natürlich einfallen lassen, gegen einen achtbaren Stand, dessen Beruf der ehrenvollste ist und immer bei Allen, Mann für Mann, geblieben sein sollte, ein unbedachtsames Quos ego zu schleudern; allein soweit kann das Ansehen einer herrschenden Zuchtlosigkeit doch auch nicht reichen, sich zum unantastbaren Mißbrauche zu erheben, den zu überwinden keine Macht mehr gewachsen wäre. Man hat bekanntlich die Legitimität selbst für die Hütte gefordert; eine solche für den jetzigen Zustand und die Einträglichkeit der gerichtlichen Fürsprache verlangen, wäre die bitterste Parodie, die jenem Worte

74) Vergl. v. Holzendorf's franz. Rechtszustände S. 41: „Fast überall, namentlich aber in Frankreich, ist die so gepriesene Trennung von Gerichtspflege und Verwaltung zum Nachtheile der ersteren ausgefallen.“

zu Theil werden könnte. Das Jahr 1848 hat den Guts- und Grundherrn weit größere Opfer auferlegt, als die Einbußen sind, mit denen einen Anwalt die Reform der Rechtspflege bedroht; der Aufschwung zur Beredsamkeit, wenn er dessen noch fähig ist, wird seinem Talente einen reichlichen Ersatz gewähren. Es ist leicht vorherzusehen, daß die obigen Vorschläge nur wenig Anklang finden werden; dann sind sie eben nichts weiter, als „ein deutscher Traum" mehr in die Welt hinausgeschickt. Es wird wohl angehen, durch dessen Kundgabe sich wenigstens gegen den oft so nahe liegenden und gerechten Vorwurf des Journal des Débats (im Bl. v. 8. Juni 1857) zu verwahren: Ne rien faire et tout blâmer, rôle commode à la vanité et à la paresse.

Der Schluß dieses Abschnittes führt beinahe unwillkührlich auf eine ziemlich trübe und entmuthigende Betrachtung hin. Wenn wir auf den Gang und Betrieb der Verhandlungen im deutschen Prozesse einen nachdenkenden Blick heften, das tolle Gewirre der Schriften, die Höhe und das Gewicht der Aktenstöße der mühsamen und künstlichen Abwicklung des Urtheiles gegenüberstellen, wenn wir die mikroskopischen Forschungen nach formaler Wahrheit, die sich darin ausbreiten, mit den dialektischen Lucubrationen zusammenhalten, die sich zu ihrer Auflösung an Subtilitäten überbieten, so muß der erleuchtete Gedanke nothwendig zu der Einsicht gelangen: Jenes gerichtliche Verfahren, welches auf den deutschen Universitäten gelehrt, in den Büchern der Professoren commentirt und in den Gerichten prakticirt wird, ist nicht mehr eine Tochter der platonischen Idee des Rechtes, wie sie dem Haupte des Zeus entquoll; das ganze Lehrgebäude des deutschen Prozesses mit seinen vielen Verzweigungen liegt in weiter Verirrung von dem Rechte einer vernünftigen Weltordnung zerfahren und zerklüftet. Es ist aller praktischen Weisheit baar, dem reellen Bedürfnisse nicht von ferne gewachsen, von dem Keime eines naturwüchsigen Lebens verlassen, und auch für eine rationelle Umbildung nicht mehr empfänglich. Dieser deutsche Prozeß, über den sich so viele Köpfe zerbrechen, ist in seiner heutigen Entartung nur noch der matte Abklatsch einer formalen Kabbalistik, welche das Licht des freien Geistes nicht verträgt, vor der freien Kritik in Staub zerfällt, und mit Recht beinahe allen Credit verloren hat. Auf eine Erkräftigung aus sich selbst ist hier nicht mehr zu rechnen, jede Aussicht darauf hoffnungslos; nur ein ganz neues System der Gesetzgebung, auf einer neuen Grundlage aufgeführt, könnte die so lange schon vergebens erwartete Hilfe schaffen.

Ein Fürst, der sich an diesen Versuch wagen wollte, müßte sich vor Allem zu der Höhe des Programmes erheben, welches der Kaiser Justinian im Eingange seiner Institutionen als eine der Gesetzlichkeit dargebrachte Huldigung verkündigte: Imperatoriam Majestatem ..... etiam legibus oportet esse armatam, ut... recte possit gubernari; et Princeps Romanus ... *per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat*, et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

Fünfter Abschnitt.

Vermuthungen und Schlußfolgerungen; Gerichts- und Offenkundigkeit. Die Herrschaft der Umstände.

Je voudrais être sobre en paroles; mais quoiqu'on puisse faire, il en faut pour raisonner.

Rousseau, lettres écrites de la montagne.

Unermeßlich ist im französischen Civilprozesse die Herrschaft der Umstände, nur wenig begränzt und nicht wohl zu überschauen das Feld, auf dem sich die Freiheit der Gerichte im Urtheilen, in der Ziehung von Schlüssen, der Abwägung von Vermuthungen und der Feststellung ihrer Ergebnisse bewegt. Obwohl Bonnier (traité des preuves Nr. 713) von einem geringfügigen Ansehen der Vermuthungen in Civilsachen spricht, weil sich hier die meisten Prozesse um Verträge drehten, für welche der Urkundenbeweis allein zugelassen ist, so reicht dennoch die Schwungkraft der Conjecturalprobe auch hier über alle Vorstellung eines deutschen Rechtsgelehrten hinaus. Auf dem Gebiete der Strafrechtspflege führt uns der Wahrspruch der Geschwornen und der Richter schon dermalen die nächstverwandten Erscheinungen täglich vor Augen; dessen unerachtet erhebt sich das französische Urtheil auch in Civilsachen in seinem Anschlage von Vermuthungen, in der Aufstellung von Folgerungen, in der Benutzung der kleinsten Umstände eines Falles, in dem Ueberblicke des Zusammenhanges einer Sache und dem Ergreifen seines Totaleindruckes, in der Prognose und Ponderation der Erfolge auf eine Höhe, die nur wenige unserer deutschen Richter schwindelfrei lassen wird, und allen zum wenigsten auf den ersten Anblick wagehalsig vorkommen muß. Die gewissenhafte Ueberzeugung der Richter, oder wie sie sagen, la religion de la cour ist gleichsam eine weiche galvanisch präparirte Silbermasse, auf welcher sich die von allen

Seiten her einfallenden Umstände des Falles unter einer vernünftigen Kritik zum treu wiedergegebenen Lichtbilde der wahren Vorgänge fixiren. Die ganze Einfassung, welche der so gewonnenen Ermittlung in dem Urtheile gegeben wird, drängt sich ganz regelmäßig in die Alles bewältigenden Eingangsformeln zusammen: In der Erwägung, daß aus allen Urkunden und Thatumständen des Falles hervorgeht oder sich die Gewißheit ergibt, — daß es für das Gericht feststeht, eine ausgemachte Sache bildet, — daß, soviel den Sachverhalt betrifft, durch die mündliche Verhandlung der Sache und die begleitenden Umstände festgestellt ist, — daß schon dermalen gewiß vorliegt und nicht einmal widersprochen ist, — daß die gewissenhafte Ueberzeugung des Gerichtshofes keinen Zweifel mehr über den Punkt zu hegen vermag, — daß für das Gericht bereits die klare Einsicht erlangt ist, daß.... u. dgl. m. (Vgl. Anh. I. Nr. 1.) Vermuthungen und Folgerungen aus den Umständen sind im französischen Civilprozesse sogar ein souveraines Beweismittel im Verhältnisse zu allen übrigen; denn es wird sich im weiteren Verlaufe bald zeigen, daß den Gerichten bei allen wahren Beweismitteln vom förmlichen Urkundenbeweise über Aechtheit oder Fälschung angefangen bis zum Parteiverhöre und Eide herab eine billigmäßige Amtsgewalt, pouvoir discrétionnaire genannt, zusteht, dieselben zuzulassen oder gleich auf der Schwelle zurückzuweisen, eine Wahl, zu welcher sie die nöthigen Anhaltspunkte doch nirgends anders finden können, als in einer Vergleichung aller übrigen Urkunden und Umstände des Falles [1]).

Nach Art. 1349—53 C. Nap. theilen sich alle Muthmaßungen in Rechtsvermuthungen und gemeine oder menschliche Vermuthungen. Die ersteren bieten nichts Besonderes in ihrer Entwicklung dar, und folgen ganz dem Systeme des gemeinen deutschen und des bayerischen Prozesses; ein Theil derselben, die s. g. qualificirten Rechtsvermuthungen schließen jeden Gegenbeweis aus, die übrigen oder gemeinen äußern nur die Wirkung, denselben auf den Gegner zu übertragen [2]). Der Art. 1353 des C. Nap. von dem Beweise

1) Bei der Berathung über das franz. Civ.-Gesetzbuch äußerte der Tribun Jaubert unter Anderm: „Die Ausspendung der Rechtspflege würde in ihrem Laufe gehemmt sein, wenn die Richter vom Gesetze nicht eine gewisse Freiheit ihres eigenen Ermessens eingeräumt erhielten.“ Vergl. de Cesare, delle pruove in mat. civ. S. 246.

2) Zwar nicht in der Theorie, wohl aber der Sache nach hat der franz. Civilprozeß eine Classe von Vermuthungen mehr als der deutsche, die der präg-

durch gemeine Vermuthungen zählt nicht sechzig Worte; um aber sein volles Gewicht wiederzugeben und den durchgreifenden Gebrauch erfaßlich auszuprägen, den die franz. Gerichte von dieser Anleitung machen, wäre für eine deutsche Prozeßordnung beinahe nöthig, derselben eine genau entwickelte Fassung in sechzig oder noch mehr Paragraphen zu geben. Die ganze Vorschrift findet sich dort in folgender Regel zusammengedrängt:

„Die Vermuthungen, welche nicht im Gesetze selbst aufgestellt „(praesumtiones juris) sind, bleiben der Umsicht und dem bedachtsamen „Ermessen der Gerichte überlassen, welche als volle Probe nur das „Zusammentreffen dringender, bündiger und übereinstimmender Ver„muthungen zulassen sollen, und selbst dieses nur in solchen Fällen, „in welchen das Gesetz den Zeugenbeweis zuläßt, ausgenommen, „wenn eine schriftliche Urkunde wegen Betruges oder Arglist an„gefochten wird“ 3).

Die bayer. GO. K. XII. §. 2 Nr. 1, voll Mißtrauen gegen die Conjecturalprobe und die Ungebundenheit des richterlichen Urtheiles, erlaubt bei einem solchen Zusammentreffen nur auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen; wollte man dieses Erforderniß, diese ganz nutzlose Zugabe auch erlassen, so wäre für unseren Prozeß wohl Manches und selbst Vieles gewonnen, aber bei weitem noch nicht der hohe Grad von Beweglichkeit erstrebt,

---

nanten Vermuthungen, welche noch nicht die Beweislast über das Widerspiel auf den Gegner überwälzen, wohl hingegen, wo sie eintreffen, erst den Gebrauch aller übrigen Beweismittel zugänglich machen, wenn dieser außerdem beschränkt wäre. Beispiele hievon sind enthalten in Art. 313 C. Nap., wonach der Ehemann das Kind seiner Frau als unächt verläugnen kann, wenn er deren Ehebruch beweist und ihm überdies dessen Geburt verheimlichet wurde, wo er dann erst alle übrigen Probemittel zu Hilfe nehmen kann, — im Art. 340, wonach bei außerehelichen Schwängerungen, wenn eine Entführung stattgefunden, die Erforschung der Vaterschaft mit allen Beweismitteln ausnahmsweise erlaubt wird, — im Art. 1347, wonach der Zeugenbeweis und der durch einfache Vermuthungen zum Beweise eines Vertrages über mehr als 150 Fr. erlaubt ist, wenn eine schriftliche Bescheinigung — commencement de preuve — hierüber vorliegt. — Die Idee einer prägnanten praesumtio hominis in dem Sinne, daß solche mit einer Rechtsvermuthung gleiche Wirkung äußere, hat bereits ein oberstrichterliches Erkenntniß von jüngstem Datum in die deutsche Praxis eingeführt. Vergl. Bl. f. RA. Bd. XX. S. 384.

3) Dieselbe Vorschrift findet sich im neapolitanischen Civilgesetzbuche als Art. 1307 aufgestellt. Auch die Entwicklung dieser Lehre im dortigen Prozesse ist die nämliche, wie im französischen. Vgl. de Cesare a. a. O. S. 245.

mit dem sich das französische Urtheil unter der **Herrschaft der Umstände** zu ergehen wagt. Diese Herrschaft hat das Besondere, daß sie in denjenigen Fällen, wo es an positiven Bestimmungen fehlt, sich die Rechtsregel selbst erst schaffen, durch eine freie Emanation aus dem Rechtsgefühle zu Tage fördern muß, nach welcher ein Fall zu beurtheilen ist, eine Aufgabe, welche unter der Wendung eines Bezuges auf die Natur der Sache auch dem deutschen Rechte schon bekannt ist. Jedes feste Maaß nach Zahl oder Dringlichkeit der Vermuthungsgründe wäre, wie die Erfahrung lehrte, unnatürlich und ein Fehlgriff; denn das vernünftige Urtheil läßt sich nicht in dergleichen Bande schlagen, sondern weiset jeden Zwang weit von sich zurück [4]). Die einfache Frage bei der Sache kann immer nur die sein und ist auch nie eine andere: Liegt eine vollständige Gewißheit vor Augen, und wenn etwa nicht, in der zweiten Linie: ist die erstrebte Wahrscheinlichkeit so dringend, so unabweisbar, daß sie, ohne ungerecht zu sein, der vollen Ueberzeugung gleich kommen, mit ihr auch gleiche Wirkung thun muß? Ist das letztere nicht der Fall, so kann ein Faktum als nicht hinreichend erwiesen, auch nicht für wahr und annehmbar gelten, es muß vielmehr völlig unberücksichtiget bleiben. Der Kaiser Hadrian hat bereits für diese Alternative eine sehr schöne Anleitung in fr. 3 §. 2 de test. (22, 5) gegeben: Ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris. In welcher Weise

4) **Best's** englisches Beweisrecht, bearbeitet von **Marquardsen**, bemerkt hierüber im §. 59: „Da der Beweis ebensogut auf Anzeigen beruhen, als direct sein kann, so würde das System (einer festen Beweistheorie nämlich) unvollständig erschienen sein, wenn man nicht mit derselben logischen Präcision die zur Verurtheilung nöthige Zahl von Anzeigen festgestellt hätte. Die alten Civilisten verlangten wenigstens drei Anzeigen, und nur wenn sie sehr dringend waren, sollten zwei genügen. Das österreichische Gesetzbuch verlangte bis 1833 wenigstens drei; aber den Gipfel der Absurdität erreichte das bayerische. Nachdem dasselbe die verdächtigenden Anzeigen in drei Klassen getheilt, vorausgehende..., gleichzeitige... und nachfolgende..., bestimmt es, daß zu einer Verurtheilung Anzeigen aller drei Arten zusammentreffen müssen." In der Note 1 hiezu nennt der Herausgeber M. den Art. 328 Th. II. d. StGB. nochmals eine seit 1848 für immer abgeschaffte Monstrosität. Man sollte indessen, um nicht unbillig zu sein, auch bedenken, daß das bayer. Straf-Ges.-Buch seit der Abschaffung der Tortur den ersten Versuch machte, den Indicienbeweis wieder einzuführen, wobei ihm bei der Neuheit der Sache eine besondere Vorsicht leicht räthlich scheinen konnte. Die erste Spur zur Anlage jenes Art. 328 scheint sich übrigens im preuß. LR. II, 20 §. 542 zu finden, wonach das Dasein des animus injuriandi aus den vorhergehenden, begleitenden und nachfolgenden Umständen beurtheilt werden soll.

diese Verrichtung des Denk- und Schluß-Vermögens vor sich gehe, bleibt den Einsichten der Richter im gerechten Vertrauen auf die Schärfe ihres Verstandes, die freien Eingebungen der Logik und den lebendigen Antrieb ihres Gewissens überlassen [5]).

Wenn wir auf die Rechtsgeschichte zurückgehen, so ist im franz. Prozesse der Beweis durch Vermuthungen, das Urtheil aus dem Inbegriffe der Urkunden und Umstände eines Falles nichts Anderes, als das erhaltene oder wieder aufgenommene Institut jenes Wahrspruches, den auch in Civilsachen noch heutzutage in England die Geschwornen, und bei Zwangsabtretungen des Privateigenthumes zu öffentlichen Zwecken auch in Frankreich ein Spezialschwurgericht zu erlassen berufen sind, nur vereiniget in der ordentlichen Gerichtsbarkeit der gewöhnlichen Gerichte selbst. Daß in Deutschland, daß insbesondere auch in Bayern dasselbe Verfahren noch im vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert einheimisch war und man ein anderes gar nicht kannte, ist längst aus den Quellen erwiesen und muß als bekannte Sache gelten. Dieser Zustand beruhte nicht etwa blos auf einem nothdürftigen Herkommen, sondern er fand in den

---

5) Von der Conjecturalprobe im österreichischen Prozesse bemerkt Prof. Beidtel in seinem Lehrbuche über das ordentliche Verfahren in Streitsachen §. 136: „Die mit der entscheidenden Thatsache in einem Causalnexus stehenden Thatsachen heißen Anzeigen. Der Anzeigebeweis ist weder geeignet, einen Beweis herzustellen, noch einen solchen anzufangen oder zu vervollständigen (GO. §. 105). Die Fälle, in welchen der Anzeigebeweis ausnahmsweise zur Beweisherstellung mitwirkt, sind nachstehende: 1) Ob ein außergerichtliches Geständniß, in Verbindung mit anderen Beweismitteln oder auch für sich allein, einen vollständigen Beweis ausmache, hat der Richter nach Erwägung aller Umstände zu beurtheilen. 2) Wie viel Glauben die Vergleichung der Handschriften verdiene, desgleichen. 3) Wie viel Glauben einer bedenklichen Urkunde beizumessen sei, ist nach den Umständen zu beurtheilen. 4) In wie fern den Büchern der nicht protokollirten Handelsleute, Fabrikanten und Gewerbsleute, auch bei dem Abgange minder wesentlicher Förmlichkeiten, hinreichende Beweiskraft einzuräumen sei, um die Ergänzung derselben durch den Erfüllungseid zu gestatten, bleibt der Beurtheilung des Gerichtes mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Umstände vorbehalten. 5) Wie viel Glauben einem bedenklichen Zeugen beizumessen sei, ebenso. 6) Bei dem Beweise durch den Schätzungseid hat der Richter den zu hoch angesetzten Betrag mit sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu mäßigen. 7) Bei Vorhandensein einer ersten halben Probe kann der Richter auf den Erfüllungseid erkennen, wenn auch die übrigen Umstände die betreffende Thatsache glaubwürdig machen. 8) In allen Fällen, in welchen sich das Gesetz mit einer Bescheinigung begnügt, ist die Zulänglichkeit derselben mit Rücksicht auf die Nebenumstände zu beurtheilen.“ Vgl. oben S. 18 N. 4.

Gesetzen selbst seine feste Grundlage. So verordnete namentlich das Rechtsbuch des Kaisers Ludwig [6]): „Was für Recht kumbt, des das Buch nit enthalt (was bei dem Faktum immer der Fall war), da soll der Richter an der Schrannen fünf nehmen, die pesten die da seynt des Tags, und die sullen also stille sitzen und sullen sich nit darumb gesprechen, und soll sie der Richter fragen auf ihr Aid, was sie recht darumb dünk nach jen's Anklag und nach jen's Antwurt, und werden die fünf an ain mit ihr Urtail, damit hat der behabt dem das recht gefällt (zufällt). So soll der Richter ein leeres Blatt haben in dem Puch und soll an dasselb Puch heißen schreiben die Ansprach und die Urtail und was darüber erteilt ist. Wär' aber das sich die fünf nicht vereinten und das ein's oder zweier Urtail besunder stünden, so mag ener der Männer Urtail wol gen Hof dinge für den Vitzthumb und da sol man ein Anklag, Antwurt und Urtheil geschrieben geben, und das soll dann der Richter nit in sein Puch heißen schreiben." — Diese aus den Anwesenden genommenen Schöffen hießen dann der Umstand und einzeln genommen, Schrannenleute, Biederleute, fromme Leute; wie sie zur Urtheilsfindung mitwirkten, beweisen zahlreiche Urtheilsbriefe, welche zu finden sind in Maurer's altgerm. Gerichts-Verf. §. 84 Nr. 17 S. 103 ff. Ebendort findet sich auch, daß Herzog Ludwig von Bayern noch im J. 1474 auf Anregung der Landstände eine Landesverordnung erließ, wonach „ein jeder Pfleger oder Richter die ehrbarsten Landsassen und Landsiedler, so ungefährlich zu der Schrannen kommen, auf das meiste 41 ... und zum mindesten 15 Personen... zu Urtheilern und Rechtssprechern niedersetzen soll, mit dem Anhange, dieselben, soviel ihrer sind, sollten, sobald sie also niedergesetzt seyen, um das für sie in Recht gebracht werde, Recht sprechen." Das schwäbische Landrecht Kap. 75 §. 24 gab sogar als Grund für dieses Verfahren an, weil die Richter nicht immer alle weise Leute seien, und gewöhnlich unter den Leuten, die alle vor ihm sind, einige viel weiser sind, als er selbst. (Maurer a. a. O. §. 85 S. 107.) Daß es an allen Orten in Deutschland wirklich so gehalten wurde, und namentlich in Bayern, ist durch die zahlreichen Beispiele, welche uns die Geschichte aufbewahrt hat, außer Zweifel gesetzt. (Vgl. Maurer, a. a. O. §. 157 S. 227.) Erst eine Instruktion für die bayer. Beamten vom J. 1532 bildet

6) Vgl. Heumann, Opuscula jur. germ. S. 162; Eichhorn's deutsches Privatrecht, §. 5 Note b.

den Uebergang zu der neueren Zeit, indem sie den Biederleuten die Urtheilsfindung aus den Händen wand. (Maurer, a. a. O. §. 84 S. 106.) Es wird den Richtern darin anbefohlen: „Und dieweil das Buch bei deinem Amt liegt, so sollst du die Urtheil nicht nach den Stimmen deiner Beisitzer, sondern wie dich dein eigener Verstand, nachdem du die Acta und die Anderen vor davon reden gehört hast, ausweißt, ein Urtheil schöpfen; dann die andern all (d. i. die Bürger, so bei dir sitzen) seynd nichts, und du allein der Richter." [7a])

Kehren wir alle voll Ueberdruß von den ausgespitzten Regeln unserer Beweistheorie, durchdrungen von der Einsicht ihrer völligen Nutzlosigkeit, zu dieser alten Einrichtung, zu dem Berufe und Ansehen des Umstandes zurück, fällen wir ein Urtheil, „wie es uns unser eigener Verstand eingibt," identificiren wir uns selbst als Richter mit den fünf Biedermännern, den besten, so an der Schranke oder vor dem Ringe sitzen, liefern wir den nicht mehr widerlegbaren Beweis, daß wir weisere, und vor Allem weniger in Parteirücksichten und gelehrten Grillen befangene Leute sind, als die vor uns stehen, so haben wir genau übereinstimmend durch einen glücklich improvisirten Anachronismus den Zustand der freien Urtheilsschöpfung wieder hergestellt, den die Einfalt unserer Väter hoch in Ehren hielt und zu dem eine schnell entschlossene Rückkehr uns vor Allem Noth thut. Sollte aber auch wirklich, um aus Vermuthungen einen vollen Beweis zu liefern, der Zusatz eines Eides, wie ihn die bayer. GO. verlangt, ganz unumgänglich sein, so fehlt auch dieses Bindemittel nicht, der Eid ist gleich von vorne herein, und zwar nicht einfach, sondern in einer überwiegenden Mehrzahl von Köpfen und Stimmen geschworen. Unsere Voreltern behalfen sich in der schlichten Einfalt ihrer Sitten und Gebräuche mit Eideshelfern, Männern von bewährter Redlichkeit und Treue, Stellvertretern der Orts- und Offenkundigkeit, die mit dem Kläger oder Beklagten erschienen, mit ihm, als von gleicher Ueberzeugung durchdrungen, die Wahrheit seines Wortes mit dem Gewichte ihres Ansehens bekräftigten. Aus diesen Eideshelfern sind anfangs jene Schöffen oder Biederleute des Umstandes und ebenso unsere heutigen Geschwornen in direkter Abstammung hervorgegangen. (Maurer a. a. O. §. 23 S. 35; §. 85 S. 108.) Wohlan, drei oder fünf geschworne Richter, mit ihren eidlichen Pflichten, mit ihren unbe-

7a) Von dieser Vorschrift findet sich in der GO. K. II. §. 4. noch ein Echo.

fangenen Einsichten, aufgeklärt durch das beiderseitige Vorbringen, erleuchtet durch alle möglichen Erhebungen und Umstände des Falles, ausgerüstet mit dem Rechte, über das Dunkle zu fragen, mit der Schärfe ihres Verstandes, mit der Reife ihrer Erfahrung, unter der Wachsamkeit ihres Gewissens, sind sie nicht zehnmal tüchtigere Eideshelfer, Schöpfer einer mittelbaren Erkenntniß, als alle Parteien, die unzuverläßigsten von allen Gewährsmännern, geblendet von eigenem Interesse, verrannt in Eigennutz und Leidenschaft, mit all' ihrer Bereitschaft von verdächtigen Erfüllungs- und leichtfertigen Reinigungseiden, von Manifestations- und Quantitäts-, zu- und zurückgeschobenen Haupteiden, die sie nie verweigern, wenn man sie nur zum Schwure kommen läßt? Sind es nicht die Richter mit ihrem stets lebendigen Diensteide, wenn sie die Sache mit allen Umständen bis auf die kleinsten Lichtpunkte geprüft, ein-, zwei- und dreimal, wenn auch nicht gerade 123mal überlegt haben (vergl. oben S. 171 N. 49), die versammelten Richter der ersten und der zweiten Instanz, von denen sich zum Voraus mit voller Sicherheit annehmen läßt, was das englische Gesetz Regiam Majestatem verlangt (ebendas. S. 108 N. 24): Scienter veritatem non tacebunt? Selbst die bayer. GO. K. XIII. §. 1 Nr. 2 trug kein Bedenken, den Eid durch einen Anwalt in die Seele seines Prinzipalen abschwören zu lassen; wenn nun der Reinigungseid alle Tage unbedenklich über Wissen und Glauben aufgetragen und auch abgeschworen wird, wenn eine lebhaften Anklang findende Meinung auch den Erfüllungseid über ein Dafürhalten schwören läßt, sobald nur anzunehmen sei, daß der Schwörende allem Vermuthen nach eine wenn gleich mittelbare Wissenschaft von der Sache haben könne, warum sollte man nicht vorziehen, die Richter selbst als ständige Rechtsgeschworne, als eine durch gemeinsamen Rath sich ausgleichende Versammlung von Urtheilsfindern, als einen parteilosen und daher zwischen beiden Theilen in der Mitte stehenden Ausschuß denkender Köpfe zuzulassen, zu berufen und ihnen zur Pflicht zu machen, den zum Ausschlage noch erforderlichen Eid in die Seele der betreffenden Partei zu schwören, d. h. auf ihren zu jedem Falle frisch auftauchenden Richtereid zu betheuern, was das Wahre an einer dunkeln Sache sei, was festgestellt und wovon sie überzeugt, was hinlänglich annehmbar und was es nicht sei? In der That ist auch das französische Urtheil aus Schlüssen und Vermuthungen nichts Anderes als eine glückliche Subrogation des Erfüllungs- und Reinigungseides, wie ihn ein Anwalt in die Seele seines Prinzipalen

schwören dürfte, durch die überall hin vordringende Herrschaft der Umstände [7b]).

Um die Beweglichkeit des französischen Urtheiles auf dem Felde der Vermuthungen in Benützung der Umstände kennen zu lernen und sich im Gegensatze zu der ängstlichen Forschung des deutschen Prozesses nach einem Vollmaaße formaler Beweisgründe eine Vorstellung davon zu machen, dürfte nichts mehr zu empfehlen sein, als die unten im ersten Anhange (Nr. 130—206) aufgestellten Beispiele hievon zu durchlesen und einer nachdenkenden Betrachtung

---

7b) Der Beweis aus Anzeigungen genießt im englischen Prozesse das volle Bürgerrecht, wie es schon gar nicht anders sein kann, weil auch im Civilprozesse der Sachverhalt in der Regel durch einen Wahrspruch von Geschwornen erhoben wird. Best's engl. Beweisrecht bemerkt hierüber im §. 268: „In Betracht ihrer gesetzlichen Zuläßigkeit stehen direkter und Anzeigebeweis einander völlig gleich... Der Anzeigebeweis ist ebenso ursprünglich, als die direkte Evidenz. Beides sind zwei verschiedene Arten des Beweises, welche gleichsam in zwei Parallellinien wirken und gar nicht mit einander in Verbindung stehen.“ — Die Note 1 fügt bei: „Man redet von direkter und indirekter Evidenz und bezeichnet den Anzeigebeweis als circumstantial evidence... Unser s. g. künstlicher Beweis erregt gegen seine Zuverlässigkeit einen Verdacht, welcher in nichts begründet ist.“ — Der folgende §. 269 meldet die Bedenken gegen den Indicienbeweis und fährt dann fort: „Aber nach der anderen Seite hin hat eine Kette von präsumtiven Anzeigen bedeutende Vorzüge, wenn man sie mit den Aussagen einer beschränkten Anzahl von Zeugen vergleicht. Bentham (in seiner Judicial Evidence) hat dieselben in Folgendem dargelegt: „„Durch die Beimischung eines Theiles indirekter Beweise ist die ganze Beweismasse beider Parteien, sollte sie falsch sein, weit eher der Entkräftung ausgesetzt. Da jede einzelne falsche Behauptung durch ein einzelnes, notorisch wahres Faktum, mit dem jene unverträglich ist, vernichtet werden kann, so ist die ganze Masse falscher Behauptungen um so leichter über den Haufen zu werfen, als sie mehr und mehr solcher einzelnen falschen Angaben enthält; denn es ist das Wesen einer Masse von Anzeigen, im Verhältnisse zu ihrer Ausdehnung, eine desto größere Summe von einzelnen Thatsachen unter das richterliche Auge zu bringen. Zweitens gewährt die Zugabe von Anzeigebeweis den Vortheil, daß sie je nach Umständen eine größere Anzahl von Zeugen auf die Zeugenkanzel führt, die über verschiedene mehr oder minder wichtige Einzelumstände aussagen. Aber je größer die Anzahl der aussagenden Zeugen, desto seltener wird es gelingen, eine so vollständige Uebereinstimmung zwischen ihnen künstlich herzustellen, welche nöthig ist, um ein Lügengewebe, an dem verschiedene Personen zu arbeiten haben, vor Verwirrung und Aufdeckung zu bewahren.““ — So weit Bentham. „Kurz“, fährt Best selbst dann weiter fort, „ein Schluß, welcher die Schuldigerklärung enthält, kann oft mit größerer Zuverlässigkeit aus einer wohlgeordneten Kette zusammenhängender Anzeigen gewonnen werden, als direktes Zeugniß zu gewähren vermag.“

zu würdigen. Das Eindringliche ihrer Verkettung, das Natürliche ihrer Abwägung werden mehr dazu beitragen, mit den Vorzügen einer solchen Behandlung einleuchtend zu befreunden, als alle Anpreisungen zu leisten vermöchten. In den einzelnen Zweigen des Rechtsgebietes, für Punkte, wo es besonders Noth thut, ein verworrenes oder in den Irrgängen unlauterer Absichten verborgen gehaltenes Faktum an das Tageslicht zu ziehen und zur Aufhellung zu bringen, bleibt indessen der vergleichenden Kritik noch immer ein weites Feld zu Betrachtungen übrig. Nur einige der in erster Linie stehenden Punkte sollen hier noch besonders berührt werden.

§. I.

Einfluß von Vermuthungen auf den Beweis dinglicher Rechte.

Die Feststellung und der Nachweis dinglicher Rechte sind in unserem Rechtsleben noch in zahlreiche und tief gehende Gebrechen verflochten; nur ein Theil derselben ist auf Rechnung des steifen Formalismus in Erhebung der Beweise und des Mangels an freier Beweglichkeit in Benützung der Beweisgründe zu setzen. Die meisten Schwierigkeiten hat die nicht fest beurkundete, oft schwankende, meistens nur an dem vorfindlichen Besitzstande und einer gewissen Dauer desselben hängende und dabei in den mannigfaltigsten Spielarten auseinander laufende Gestaltung der agrarischen Zustände des Landes in ihrem Gefolge, für deren Ermittlung und durchgreifende Beurtheilung ein System fester Beweisregeln rein unmöglich und jedenfalls nicht vorhanden ist. Daraus allein erklärt sich das riesenhafte Ansehen und der mächtige Einfluß der Verjährung und des Herkommens in unseren Gerichten, wie solcher anderwärts nicht bekannt, ja nicht einmal geahnt ist, daher der tägliche und liebgewonnene Rückgriff auf diesen unentbehrlichen Nothbehelf unserer Urtheilsfindung. Wie eine Sache, welche auf die Wechselbeziehung von Grundstücken und dinglichen Rechten daran, vor Allem von Feudalgefällen und Grundlasten einschlägt, wie eine solche Sache zehn und zwanzig, oder noch weit mehr, weil fast immer der Titel fehlt, wie sie seit den letzten dreißig und vierzig Jahren gehalten wurde, wie sie hergebracht ist oder seit Menschengedenken, seit unvordenklichen Zeiten gangbar war, so muß sie auch für alle Zukunft bleiben; durch jenen Zeitablauf hat die in ihrem Ursprunge weiche und geschmeidige Masse von Convenienzen und bittlichen Anliegen, von Anmaßung und Nachsicht, Ausdauer und Uebersehen, von Ausübung und Duldung allmählig und unvermerkt eine so

feste Kristallform angenommen, daß Niemand mehr Bedenken trägt, ihr die Eigenschaft eines wahren Realrechtes für alle Zukunft aufzuprägen oder als bereits vollendet darin anzuerkennen. Das erjährte oder ersessene Recht verhält sich als eine nützliche und zur Aushilfe unentbehrliche Nachbildung zu dem ordnungsmäßig, d. i. durch förmlichen Titel begründeten gewissermaßen ebenso, wie im römischen Rechte das prätorische Eigenthum zu dem vollkommenen und wahren, wie die publicianische Klage zur rei vindicatio oder die bon. possessio zur hered. petitio. Hat aber der Berechtigte den Gebrauch seines Rechtes wieder dreißig Jahre lang unterlassen oder verabsäumt, so ist dasselbe erloschen, in dem ungenützten Zeitablaufe wieder untergegangen. Man kann nicht acht Tage in unseren Gerichten sitzen, ohne einen dieser Sätze als Stützpunkt einer erwerbenden oder erlöschenden Verjährung anführen zu hören, in ihrem Umschwunge bewegt sich der größte Theil der Begründung oder Veränderung dinglicher Rechte an Grund und Boden, für deren sichere Constatirung es noch an einem festen Rechtszustande gebricht; ja zuweilen treffen sogar diese beiden Nothbehelfe in einem Falle zusammen, eine ältere und vorausgehende Ersitzung, auf welche der Kläger sein Begehren, eine nachfolgende erlöschende Verjährung, worauf der Beklagte seine Befreiung zu stützen sucht. Dabei sind die erforderlichen Zeiträume so verschieden und nach Umständen wandelbar, die Bedenken so zahlreich und die Spielarten so mannigfaltig, die Streitfragen in der ganzen Materie so verwirrend und die Meinungen nach jeder Richtung hin so durchkreuzend, die Vorschläge auf die Spitze gestellt und die Lösungen theilweise so widersinnig, daß ein Rechtsgelehrter auf das Studium und die Pflege dieser Spezialität des Rechtes sein ganzes Leben verbrauchen könnte.

Nur wenige Andeutungen mögen hier genügen, um zu zeigen, auf welche Weise sich vielleicht neues Licht und Leben in diese Region grauer Nebel zurückbringen ließe.

1) Wenn man die Frage aufwirft, worin denn zuletzt der Grund aller Verjährung und der Wirkungen, die sie in den Rechten zuwege bringt, beruhe, so kann die Antwort vorzugsweise nur auf zwei Punkte hinaus fallen, auf die Rechtsvermuthung eines bestehenden, nur der Kenntniß entschwundenen Titels nämlich und die Subrogation desselben durch eine stillschweigende Vereinbarung unter dem Gesichtspunkte eines Quasicontraktes. Das fr. 1 §. 23 de aqua et a. pluv. (39, 3) hat uns das ganze Geheimniß in den Worten verrathen: Si tamen

lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere, d. h. wenn die Bedingnisse für den Erwerb und Besitz eines Grundstückes, der Vollbestand der dasselbe behaftenden dinglichen Rechte aus schriftlichen Aufzeichnungen, Grundbüchern, Steuerkatastern, welche die modernen leges agrorum sind, Kaufbriefen und ähnlichen Schriftstücken nicht ermittelt werden können, so soll angenommen werden, so wie dieser Punkt seit langer bis auf die neueste Zeit herab gehalten wurde, so sei er wirklich im Ursprunge vereinbart, durch einen haltbaren Titel festgestellt worden, an welchem Zustande daher fortan als einem rechtmäßigen auch festgehalten werden müsse. Dieselbe Idee schwebte im Grunde auch dem fr. 3 §. 4 de aqua quot. et aest. (43, 20) vor: ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur. Worin ruht aber der eigentliche Rechtsgrund für eine solche Annahme? Etwa in einer Strafe für den Nachläßigen, der seine Rechte nicht zeitig wahrt und dadurch eine Ungewißheit darüber herbeiführt? Gewiß nicht, denn dadurch hätte er sich nur selbst geschadet; vielmehr lediglich in dem Wesen und den Wirkungen des stillschweigenden Consenses. So wie durch dessen Vermittlung ein kräftiger Vertrag eingegangen werden kann, ebenso überlassen sich die Gesetze der Anschauung: Wenn ein Nachbar auf dem Grunde des anderen dreißig Jahre lang etwas vor- oder wegnimmt, oder sonst aus dessen Früchten bezieht, und der letztere dieses duldet oder leistet oder sich sonst jedes Widerstandes enthält, so bekundet eine so nachhaltige und genau zusammenpassende Fortsetzung des wechselseitigen Verhaltens offenbar dieselbe Uebereinstimmung der Absichten und ernsten Willensmeinungen, als wäre gleich vom Anfange an durch bestimmte Aeußerungen ein bindender Vertrag darüber zu Stande gekommen. Ebenso auf der anderen Seite: Wenn Jemand sein Recht dreißig Jahre lang nicht gebraucht, während es ihm doch nach allen Vorkommnissen möglich und anständig gewesen, so gibt derselbe durch die That selbst einen stillschweigenden Verzicht zu erkennen, der seinem Gegner vermöge dessen natürlicher Beruhigung dabei ganz genehm ist und ihn deshalb für immer von jener Last oder dem Drucke eines solchen Rechtes auf die Sphäre seiner Interessen befreit. Die so verzweifelte Lehre von der Verjährung scheint sich daher im natürlichen Rechtssysteme am besten in die Materie von den Quasicontrakten zur Unterbringung zu eignen [7c]).

[7c]) Der Ausdruck „Quasicontrakt" ist hier in dem Sinne einer Beziehung gebraucht, welche im Stillen die Natur eines wahren Vertrages nur nachahmt.

Hieraus ergeben sich nun zwei wichtige Folgesätze, die aber von der Praxis weit in den Hintergrund der Vergessenheit zurückgedrängt sind: a) So lange die lex agri bekannt ist und ergründet werden kann, sollte nie auf die vetus forma oder longa consuetudo als etwas rein Zufälliges zurückgegriffen werden; die letztere ist daher ihrer Natur nach blos eine Aushilfe, ein letztes Mittel der Urtheilsschöpfung; die erstere, der sonst erkennbare und vor Allem der beurkundete Bestand der Rechte einer Liegenschaft ist seiner Natur nach präjudiciell und vor Allem hierüber maaßgebend [8]). Allein der Praxis ist diese Forschung in den alten Rechtszuständen, verlegenen Büchern, unsicheren Einschreibungen, schweigsamen Kaufbriefen, geschichtlichen Notizen und daraus abfließenden Folgerungen viel zu ungeläufig, unsicher, schwankend und mehrdeutig, oft zu präsumtiv und consecutiv, als daß sie sich auf diesen Boden, aus Besorgniß zu straucheln, hinüberziehen ließe; dagegen ist für sie der Besitzstand der letzten dreißig Jahre ein ganz positives Kennzeichen, welches leicht auf den Vordergrund herabsteigt, durch Zeugen zu erheben und der Bekräftigung durch Eide fähig ist. Sie hält sich daher an dieses und setzt dafür den Ursprung und älteren Rechtszustand als längst verwischt und durch sein Verlassen überboten mit der schnöden Bemerkung bei Seite, wie die Sache eigentlich gewesen, gegangen und noch sein sollte, sei blos eine Vermuthung. b) Wenn der Rechtsgrund aller Verjährung auf die Vermuthung einer stillschweigenden Willenseinigung und Willenserklärung durch die That selbst hinausläuft, so muß auch die Verjährung ausschließen, was dieser in den Weg tritt, das ist, eine Sache des freien Beliebens, res merae facultatis, der fehlende Rechtsbesitz, beruhend in der Absicht, etwas als Recht auszuüben oder zu dulden, wofür das preuß. LR. Th. I. Tit. 7 §§. 106—108 ebenso schöne und natürliche, als oft mißverstandene Vorschriften gegeben hat, mit denen auch das bayer. LR. nach einer Vergleichung der Stellen Th. II. K. 4 §. 3 Nr. 3 — K. 5 §. 5 Nr. 1 — K. 7

8) Vergl. Anh. I. Nr. 113, wo in einem Erkenntnisse des Appell.-Hofes in Metz der Entscheidungsgrund vorkömmt: „Erw. daß überdies der Besitz, so lange und so vollständig er auch immer angedauert haben mag, nichts bewirkt, wenn er den bekannten urkundlichen Titeln zuwider läuft, nach dem Grundsatze: Cum apparet titulus, ab eo possessiones legem accipiunt." — Der §. 32 des bayer. Hyp.-Ges., wonach gegen den Inhalt des Hypothekenbuches keine Verjährung zum Nachtheile eingetragener Forderungen stattfindet, hat für einen einzelnen Fall denselben Grundsatz festgehalten.

§. 5 Nr. 4 und Th. IV. K. 2 §. 6 Nr. 4 übereinstimmt, indem insbesondere das Precarium sich durch stillschweigende Muthmaßungen aus den Umständen ergeben soll. Die Vergünstigung oder das Precarium darf aber nicht als ein ausdrückliches Bitten, sondern nur als die beiderseitige Ansicht und Meinung aufgefaßt werden, etwas blos als widerrufliche Gefälligkeit aufzunehmen und ohne Consequenz zu dulden, wie man denselben Punkt in der Lehre vom Gewohnheitsrechte mit den Worten bezeichnet, es werde dazu die Meinung einer rechtlichen Nothwendigkeit, opinio necessitatis erfordert, wonach jede öftere Wiederkehr eines frei beweglichen Entschlusses keinen tauglichen Bildungsstoff für dasselbe darbietet. (Vgl. Anh. I. Nr. 152.) Allein auch dieser Punkt, in dem Innern der menschlichen Willensthätigkeit und der wechselvollen Anschauung eines äußeren Vorganges verborgen, ist für unsere Richter wieder ein viel zu flüchtiges Element, als daß sie sich auf dessen Ableitung und Ergründung aus den Umständen des Falles, worin doch allein die mögliche Quelle einer gründlichen Beurtheilung liegen kann und worauf überdies alle Gesetze hinweisen, so leicht einließen; der Widerwille gegen jedes Wagniß einer Conjecturalprobe hält sie meistens von diesem schlüpfrigen Felde zurück und führt sie unvermerkt auf den Abweg, den langen Zeitablauf selbst für ein Kennzeichen des Rechtsbesitzes im Gegensatze zu bloser Vergünstigung zu nehmen, indem sie von demjenigen, der dabei die Rolle des angeblich Verpflichteten einnimmt, erwarten und verlangen zu können glauben, wäre es ihm mit seiner Duldung und Fügsamkeit nicht so ernst gewesen und wollte er einem im Werden begriffenen Rechte noch immer widerstreben, so hätte er sich vor Ablauf der dreißig oder wie viel sonst Jahre rührig zeigen, widersprechen, nicht dulden, die Ausübung wie immer unterbrechen, abtreiben, verweigern oder wenigstens klagen oder provociren sollen [9]. Die Abneigung und fehlende Gewohnheit, dergleichen Fragen unter die Herrschaft der Umstände zu stellen, obwohl die Gesetze dieses nie anders vor Augen hatten, führt also auch hier wieder auf Irrwege und zu einer sehr ungründlichen Behandlung der Sache hin.

Dazu kömmt aber noch eine Rücksicht, welche das enge Festhalten an den Ergebnissen der Verjährung am besten erklärbar

---

9) In einem Appell.-Ger.-Erk. v. 30. Sept. 1857 kömmt in diesem Sinne die Stelle vor: „Da der Charakter der Rechtsausübung in der langjährigen und gleichmäßigen Uebung liegt, so...“ (RNr. 231/2, 57/58.)

macht. An die Seite des Rechtes in seiner strengen und gebieterischen Form als ein bleibendes Postulat der praktischen Vernunft, als ein Gesetz der ewigen moralischen Ordnung, stellt sich in unserer Weltanschauung unvertilgbar ein zweites Wesen hin, dem Scheine nach von viel schwächerem Zusammenhalte, was aber in der That unserem Mitgefühle, der conservativen Tendenz unseres Wirkens einen weit stärkeren Antrieb verleiht, und dieses Wesen ist die süße Gewohnheit des Genusses, von den Richtern eben darum wie eine wohlthätige Fee gefeiert und unter ihren Schutz genommen. Wer ein vermeintliches Recht oder was immer sonst dreißig Jahre lang ausgeübt, der hat sich an seine Zuständigkeit in dem Grade gewöhnt, daß ihn die plötzliche Entbehrung schmerzlich berühren, auf seine Strebnisse, sein Vermögen ungeschmälert zu erhalten, den bittersten Eindruck hervorbringen muß [10]. Und wer sich dreißig Jahre lang in das Thun oder Begehren eines Anderen fügte, dazu stille schwieg, ruhig blieb, leistete, hergab oder geschehen ließ, oder sich enthielt, wo er zu seinem Vortheile handeln sollte, dem fällt diese Duldung, Verabreichung oder Enthaltsamkeit nicht mehr lästig, er hat gewissermaßen Gut und Freiheit verschmerzt, und sein Gleichmuth ist gestählt, um jenen Eingriff für alle Zukunft nicht mehr abzuwenden. Ein Umschlag dieser wechselweisen Angewöhnungen, eine Rückkehr auf die früher eingenommenen Standpunkte, ein Zurückgreifen nach ihren Ausflüssen müßte daher auf der einen Seite nur Unwillen und plötzliche Entwährung, auf der anderen einen aus der rechtlichen Verwesung wieder hervorgesuchten Zuwachs und Aufschwung zur Folge haben, und somit das alte Gleichgewicht auf beiden Seiten stören. Daher jene Dazwischenkunft der positiven Gesetze, welche unter dem Titel der Verjährung bereits vernarbte Wunden, um sie nach den Regeln der Kunst zu heilen, wiederaufzureißen verbieten, den darüber gewachsenen Knorpel mit ihrem Schutze bedecken, wenn gleich das wahre und alte Recht darüber bei Seite treten muß oder darin seinen Untergang findet.

Auf diesem Wege und unter Begünstigung anderer Umstände sind Verjährung und Herkommen in unserem Rechtsleben zu einem wahrhaft übermächtigen Ansehen emporgeschossen, welches seine Herrschaft weit über die Gränzen des Privatrechtes selbst, für welche es allein zugelassen ist, hinausträgt. Obwohl nämlich die Eigenschaft

10) Als Belege lassen sich hier anführen die Prozesse wegen Benützung der Handgasse in Würzburg, wegen der Marktbuden in Ansbach und des Dammbaues in Kiel. Bl. f. RA. Bd. XX. S. 85, 88 u. 91.

eines Privatrechtes eine aus seiner eigenen Natur entnommene, höher liegende und präjudicielle Voraussetzung bilden sollte und bilden muß, um einen streitigen Punkt der Einwirkung der Verjährung erst zugänglich zu machen, was sich insbesondere aus dem Winke der C. 6 de op. publ. (8, 12) entnehmen läßt: praescriptio temporis juri publico non debet obsistere, so glaubt dennoch eine sehr verbreitete Meinung darauf beharren zu können, das Herkommen sei schon selbst für sich ein erweiterter Privatrechtstitel oder ein Verbindungsmittel für den Uebertritt in das Privatrecht, sein Vorwalten oder Hinzutreten müsse daher das öffentliche Recht in feste Banden schlagen, über dasselbe hinaufsteigen und selbst schon einen ihm vorgehenden Privatrechtstitel schaffen oder unterbauen, eine Auffassung, die sich so oft in dem ganz irrthümlichen Satze zur Geltung bringt: Wo ein Herkommen, da ist auch ein Privatrecht, und somit eine Justizsache gegeben.

Was insbesondere noch die unvordenkliche Verjährung betrifft, so hat sich zwar die neuere Doktrin sehr treffend dafür entschieden, daß sie nur auf der Rechtsvermuthung eines vorhanden gewesenen aber nicht mehr bekannten Rechtstitels beruhe. Dann aber scheint es auch eine natürliche Consequenz hievon zu sein, daß der Gegenbeweis über das Fehlen eines solchen Titels oder über eine andere und bessere Erklärungsweise geführt werden könne. Ist die Verjährung irgendwo durch ein neueres Gesetz als Titel eines Erwerbes ausgeschlossen, so läßt man dennoch die unvordenkliche zu; soll auch diese nicht mehr wirken können, wie z. B. für Gewerbsbefugnisse, so legt man den Beweis auf, daß in irgend einer weitzurückliegenden Zeit ein Recht durch unvordenkliche Verjährung erworben gewesen sei, ja es ist sogar der Fall eines Interlokutes vor wenigen Jahren vorgekommen, welches den Beweis verlangte, daß mehrere Gemeinden ein Recht bereits im Jahre 1728 durch unvordenkliche Verjährung erworben hatten [11]). Dergleichen Beweissätze sind gewiß nicht nur seltsam und unnatürlich, sondern auch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Widerspruche. Wenn die unvordenkliche Verjährung die obligate Spannung ihres Zeitablaufes von der Dauer eines gewöhnlichen Menschenlebens und dem dadurch begränzten Erinnerungsvermögen entlehnt, wenn auf solche Weise alte Zeugen die nie zu vermeidenden Mittel einer solchen Beweisführung sind, so scheint es auch tief in dem Wesen der Sache zu liegen, daß ihr

11) Die nähere Anführung dieses Falles findet sich im folgenden Abschnitte.

Schlußpunkt in der jüngsten Zeit vor begonnenem Streite gegeben sein müsse, und nicht auf einen früheren Zeitpunkt zurückverlegt werden könne, weil es keinen guten Klang hat, einen Beweis darüber zu verlangen, an was sich die vor zehn oder noch mehr Jahren verstorbenen Menschen zurückerinnerten, und was in dem Bereiche ihrer Kenntniß gelegen war oder nicht. Hat der Rechtszustand bis zu seiner gerichtlichen Verfolgung und seit der Weigerung des Gegners einmal längere Zeit, hat er länger als zum jüngsten Besitze gehört ausgesetzt, so muß ja dieser Umschlag als eine Unterbrechung der Verjährung in Betracht kommen und würde dieses auch entschieden sein, wenn kurz vor begonnenem Streite die Ausübung wieder ein oder einige Jahre stattgefunden, weil sich alsdann die jetzt lebende Generation sehr wohl einer Zeit erinnert, worin der Besitz oder Quasibesitz nicht statt fand, was an dem Vollmaaße des indefiniten Zeitablaufes während des letzten Menschenalters einen Abgang darstellt, dem Begriffe der Unvordenklichkeit also geradezu entgegen ist[12]).

Im französischen Rechte ist die ersitzende Verjährung, besonders die der unkörperlichen Rechte, die den deutschen Gerichten einen großen Theil ihrer Mühsale bereitet, auf einen sehr engen Umkreis beschränkt; die Art. 690 u. 691 des C. N. stellen die ebenso natürlichen als dringend zum Schutze des Eigenthumes empfehlenswerthen Vorschriften auf: Nur anhaltige (continuae) und durch eine bleibende Vorrichtung in die Augen fallende Dienstbarkeiten lassen sich durch einen dreißigjährigen Besitz erwerben; anhaltige aber nicht augenfällige, desgleichen alle aussetzlichen Servituten (d. i. discontinuae), sie mögen in die Augen fallen oder nicht, sind nur durch einen förmlichen Rechtstitel zu erwerben; ihr Besitz, wenn er selbst unvordenklich wäre, reicht nicht aus, um sie aufzuerlegen. Die Verjährung hat aber auch außerdem noch besonders deshalb im französischen Rechte so viel an ihrer Herrschaft, an die wir einmal gewöhnt sind, verloren, weil in allen Fällen, worin wir dieselbe überschwänglich walten und eingreifen lassen, der versammte Eindruck der Umstände, aller Erkenntnißgründe des concreten Rechtes und seiner Zuständigkeit, seiner Entstehung und Geschichte, seiner Heranbildung oder Wiedererlöschung an deren Stelle tritt, um die wahren Rechtstitel statt der blos präsumtiven auf die Höhe der Erfaßlichkeit zu heben, und sich auch als vollkommen zureichend bewährt,

12) Vgl. über diese Sätze die Bl. f. RA. Bd. XXIII. S. 1 ff., 17 ff.

eine gründliche Einsicht in den Verlauf und die ganze Gestaltung der Sache zu eröffnen, während von jenen Elementen der Rechtsbildung und Rechtsermittlung der lange Besitz eine gewisse Zeit hindurch, die vieljährig geschehene oder unterbliebene Ausübung doch nur ein vereinzeltes, meistens selbst unklares und sehr leicht irreführendes bildet. (Vgl. Anh. I. Nr. 145—147.) Die erlöschende Verjährung wird zwar noch ziemlich häufig dem Kläger als Voreinrede (fin de non recevoir) entgegengesetzt; da indessen ein stillschweigender Verzicht, wenn durch schlußbündige Thathandlungen zu erkennen gegeben, einer wieder hervorgesuchten Prätension weit leichter auch schon vor Ablauf der geräumigen Verjährungsfrist ein ewiges Stillschweigen aufzuerlegen vermag, was bereits oben im dritten Abschnitte als ein Fall der exceptio litis finitae gezeigt wurde, so findet sich auch hier wieder der Zugriff auf jene streitverhindernde Einrede durch eine weise Benützung der Umstände des Falles in die Lage einer weit selteneren Anwendbarkeit gebracht [13a]).

Wie in den deutschen Rechtszuständen das ganz maaßlose Anrufen der Verjährung auf diese oder eine ähnliche Schranke zurückgeführt werden könne, läßt sich für dermalen gar nicht wohl absehen; immer dürfte jedoch die Wiedereinsetzung der Umstände und Vermuthungen in die ihnen gebührende Herrschaft für die richterliche Ueberzeugung auf zweifache Weise dazu beitragen, jenes Auskunftsmittel für die Erkenntniß der Rechte in die Bahn eines geläuterten Gebrauches zurückzuverweisen, insoferne sie nämlich die Ergründung der lex agri, des ursprünglichen Bestandes der Realrechte an einem Grundstücke als jeder Verjährung vorgehend und sie zurückdrängend wesentlich erleichtert, und auf der anderen Seite durch eine scharfsichtige Würdigung des Rechtsbesitzes oder der blosen Vergünstigung, widerruflichen Nachsicht, nachbarlichen Gefälligkeit eine strengere Kritik der inneren Erfordernisse einer jeden Verjäh-

---

13a) Best's engl. Beweisrecht §. 294 bemerkt über diesen Punkt: „Die wichtigste Anwendung der Vermuthung für das Eigenthum ist der Grundsatz, daß der Besitz oder Quasibesitz bei einer Sache oder einem dinglichen Rechte als rechtlich gilt. Jedes Rechtssystem begünstiget diese Anschauung, welche sich sowohl auf naturrechtliche als rechtspolitische Gründe zu stützen scheint. Nach englischem Rechte ist Besitz oder Quasibesitz prima facie Beweis des Eigenthumes, und der Besitz eines Grundstückes oder der Genuß einer Rente, gezahlt von dem Inhaber des Grundstückes, ist *prima facie* Beweis der höchsten rechtlichen Herrschaft über dasselbe, d. h. des freien Eigenthumes.“ — Hienach scheint also im englischen Rechte auch der Grundsatz zu gelten: En fait d'immeubles possession vaut titre.

rung herbeiführen muß. Eine radikale und ganz sicher gehende Abhilfe wider all' diese Mißstände ließe sich aber nur durch ein sehr einfaches und nahe liegendes System der Gesetzgebung erzielen. Drei Hauptsätze müßten demselben zur Grundlage dienen. a) Das Erforderniß der schriftlichen Errichtung für Verträge, deren Gegenstand ein liegendes Gut bildet, unter den Betheiligten, b) das Erforderniß gerichtlicher Verträge oder Willenserklärungen, um in derselben Richtung gegen einen Dritten wirksam zu sein, und vor Allem c) die Erstreckung des Prinzipes der Specialität und Publicität des Hypothekengesetzes auf alle dinglichen Rechte an Grundstücken, namentlich auf das Eigenthum selbst, alle Besitztitel und Grundgerechtigkeiten oder Prädialservituten, etwa mit Ausnahme der negativen, die in einer Unterlassung bestehen, besonders aber mit Einschluß aller Grundlasten, Gefälle, Reichnisse und jeder Theilnahme an dem Fruchtgenusse eines Grundstückes. Ein Gesetz von 10—15 §§. würde leicht ausreichen, um alle bereits fertig vorliegenden Vorschriften des als classisch bewährten bayer. Hypothekengesetzes von 1822 auf das Steuerkataster, was ohnedies ein Saal- und Lagerbuch sein soll, zu übertragen, und mit demselben den ganzen Bestand aller dinglichen Rechte an jeder Liegenschaft einer unerläßlichen Veröffentlichung zu unterwerfen. Eben diesen Weg hat erst in der neueren Zeit ein französisches Gesetz vom März 1855 betreten, welches die Transscription aller Mutationsakte, selbst des Nießbrauches und der längeren Pachtverträge anbefiehlt und sich in der Gazette des Tribunaux vom 30. März 1855 mitgetheilt findet.

2) Gleichwie die Verjährung selbst, so finden sich auch der Besitz und der Quasibesitz, diese unerläßlichen Stützpunkte derselben noch von mehrfältigen Schwierigkeiten umgeben und in dem Zustande der Ungewißheit befangen. Ob zu dem ordentlichen Besitze zwei, ob zehn Jahre gehören, oder eine unbestimmte Zeit, welche nur jedenfalls in ihren Perioden zusammengerechnet länger sein muß, als diejenige des dazwischen fallenden Nichtbesitzes, weiß Niemand recht eigentlich anzugeben. Für die große Zahl der Feudallasten und insbesondere die Grundrenten gibt es in unserem Rechte noch gar keine verlässige Art, sich ihren Besitz, so wenig als ihre Zuständigkeit fest zu constatiren; darum werden überall die Bedingnisse des Erwerbes dargethan verlangt, was oft sehr schwierig ist. Wenn ein Grundzins im Steuerkataster und im Hypothekenbuche übereinstimmend eingetragen ist, warum gibt es kein Gesetz,

welches denselben für executorisch erklärte, wie der §. 52 des Hypothekengesetzes bezüglich der Hypothekenzinsen gethan? Statt dessen kommen ganz unglaubliche Fälle eines verlängerten Versuches vor, sich den liquidesten Reichnissen durch halsstärriges Widerstreben zu entziehen. Ein Gutsbesitzer kann z. B. ein Frohnd- und Dienstgeld zu einem gewissen festen Betrage auf allen Gütern seines Dorfes in einem alten Saal- oder Lehenbuche, dem neuen Steuerkataster und dem Hypoth.-Buche übereinstimmend eingetragen finden, in den letzten drei Besitzveränderungsurkunden ist dasselbe als Grundlast aufgeführt, ein gewisser Grundhold desselben hat jenes Gefäll bei seiner Uebernahme und noch später zu einem Protokolle der Rentenverwaltung anerkannt; — noch mehr, in den Gutsrechnungen der letzten vierzig Jahre ist das Gefäll als Einnahme verrechnet, in dem Quittungsbüchlein des Grundholden, was dieser ediren muß, damit zusammentreffend auf jene Zeit zurück Jahr für Jahr abquittirt, zwei gutsherrliche Beamten bestätigen für die einschlägigen Perioden ihrer Verwaltung, daß sie es immer percipirten; wo ist hier der leiseste Anstand möglich? Nun fällt es im J. 1848 dem Grundholden ein, die Entrichtung, weil hier eine persönliche Last in Frage stehe, zu verweigern, dem Gutsherrn, der in possessorio und petitorio zugleich Klage erhebt, den Bezug völlig zu widersprechen, allen Urkunden die Anerkennung zu versagen, was ist der Erfolg? Es gelingt ihm, seinem Gutsherrn alle Bedingnisse der Ersitzung, den Nachweis eines dreißig- oder für das Possessorium wenigstens zehnjährigen Bezuges als dingliche Last auf die Schultern zu laden und dadurch ein dickleibiges Beweisverfahren herbeizuziehen. Der Gutsherr braucht volle sieben Jahre, um nur den Schutz im Besitze rechtskräftig zugesprochen zu erlangen, der ihm doch so einfach schon nach drei Monaten aus allen Urkunden und Umständen des Falles zuerkannt sein könnte und auch sollte [13b]).

Um den Beweis des Besitzes, wo die Umstände doch meistens so unzweideutig sprechen, für längere Zeiträume zu erleichtern, hat man sich auf gewisse Rechtsvermuthungen hingeworfen, welche ein leicht vermeidliches und sehr oft irreführendes Mittel bilden, den wahren Verlauf der Sache zu ergründen. Diese Bemerkung gilt insbesondere der fingirten Fortdauer des Quasibesitzes zwischen dem Anfangs- und Schlußpunkte einer Verjährungsperiode. (Preuß.

13b) So vorgekommen in RNr. 58, 54/55, und noch 80 Fällen derselben Gutsherrschaft; ebenso Nr. 1237, 57/58, gegen 54 Grundholden einer anderen Standesherrschaft.

Landrecht I, 9 §§. 599 u. 600.) Wer im ersten und letzten Jahre besitzt, von dem will das Gesetz vermuthen, daß er auch in der ganzen Zwischenzeit den Besitz fortgesetzt habe. Das läßt sich wohl sehr gut von einem körperlichen Besitze oder bleibenden Zustande sagen, aber nie von einem Quasibesitze, zumal bei aussetzlichen Grunddienstbarkeiten. Wenn eine Schafheerde im J. 1821 auf eine Flurmarkung ausgetrieben wurde und im J. 1850 wieder, so ist es unsinnig, hieraus den Schluß zu ziehen, folglich müsse dieses auch in jedem der 28 Jahre geschehen sein, die in der Mitte liegen, weil mit dem Zurücktreiben der Heerde in den Stall die Besitzhandlung an jedem Abende völlig abgeschlossen, der kennbare Zustand wieder aufgehoben war. Dasselbe gilt auch von der Auszehntung eines Grundstückes. Muß aber der Confessorienkläger beweisen, daß er in jedem der dreißig Jahre die Grundgerechtigkeit einmal ausgeübt habe (preuß. LR. I. 9 §. 596), so kann er vielleicht deshalb verloren sein, weil er für drei Jahre kein Beweismittel hat. Der weitere Gedanke des preuß. LR., es seien im Laufe von 40 Jahren wenigstens drei Besitzhandlungen erforderlich (I, 9 §. 649), ist nicht glücklich ersonnen zu nennen, weil dieses Kennzeichen der Nachhaltigkeit und Frequenz je nach der Beschaffenheit des streitigen Rechtes, ob es sich Tag für Tag, Jahr für Jahr, zu jeder Jahreszeit oder nur höchst selten, wie eine Baulast, ausüben oder bethätigen läßt, von sehr relativem Werthe ist. Das natürlichste wird daher immer nur das bleiben, aus allen Erhebungen, Umständen, Vorgängen, aus dem Verhalten und Unterlassen, der Verhinderung oder freien Convenienz den Schluß zu ziehen, ob ein wahrer Besitz als eine thatsächliche Herrschaft über ein Recht auf Seite einer Person vorwalte oder nicht, ob er auch die gehörige Zeit hindurch unablässig oder doch weit vorherrschend fortgesetzt wurde oder nicht, ob Vergünstigung mit im Spiele sei, oder Unterbrechung eintrat; die Einzelnheit der Fälle wird der richterlichen Ueberzeugung von selbst den glücklichen Leitstern vorstecken.

Die ganze Wichtigkeit des Besitzes beruht übrigens für jede Rechtspflege nur in zwei Umständen, mit deren Wegfall sie entweder völlig verschwinden oder doch tief herabsinken muß, nämlich auf dem Fruchtgenusse während des langen Hauptstreites und auf der Freiheit von der Beweislast. Sobald jeder petitorische Hauptstreit durchschnittlich binnen Jahr und Tag erlediget sein könnte und müßte, wäre ein großer Theil von dem Interesse des vorangehenden Possessoriums verschwunden. Sobald endlich ohne förm-

liche Beweisauflage die Thatfragen aus einer Vergleichung und Abwägung der Beweismittel zu entscheiden wären, welche von beiden Theilen freiwillig zusammengetragen werden, fiele jeder ernstliche Anlaß hinweg, erst lange über die Vertheilung der Parteirollen für den Hauptstreit in einem bald langen, bald kurzen Vorspiele zu demselben zu hadern. Beide Gründe thun im franz. Civilprozesse ihre entschiedene Wirkung. In demselben sind alle Besitzklagen durch Art. 3 Nr. 3 der Prozeßordnung vor den Friedensrichter, d. i. zum mündlichen Verhöre verwiesen; das Verfahren selbst kennt nur ein possessorium summariissimum, wie die preuß. und selbst die bayer. GO. wenigstens für Prädialservituten; die Regeln desselben sind in Art. 23—27 daselbst aufgestellt. Die Besitzklage kann nur binnen des ersten Jahres von der eingetretenen Störung an erhoben und nie mit dem Petitorium cumulirt werden; ein Zeugenverhör ist immer zulässig; die Beurtheilung des Besitzes selbst, seiner Ruhe und stätigen Fortdauer richtet sich blos nach den Umständen des Falles.

Vor dem Schlusse ist hier noch eine Bemerkung zu machen. Aller Besitz im Privatrechte ist, ideal betrachtet, im Grunde ein rechtsfeindliches Institut, weil er sich dem Rechte gegenüberstellt, es ignoriren will, sich halb trotzbietend darüber zu erheben sucht, wie namentlich die Gewere oder der Rechtsbesitz des Mittelalters, worin das Recht beinahe völlig aufging, das rechtliche Element wenigstens sehr dürftig geachtet war. Darum ist auch das franz. Civilgesetzbuch sehr entschuldbar, daß es sich so wenig mit der Lehre des Besitzes beschäftigte; in dem nämlichen Grade, in welchem es das Recht genau fixirte und ihm einen kräftigen Schutz, eine leichte Erreichbarkeit verlieh, konnte es sich jener Fürsorge billig überhoben glauben.

3) Ein nicht minder bedenkliches Gebrechen des deutschen Prozesses thut sich zuweilen in der mißlichen Lage desjenigen hervor, dem es obliegt, das Eigenthum oder ein dingliches Recht an Grund und Boden zu erweisen. Bei den gewöhnlichen Immobilien, Gebäuden und angebauten Grundstücken kann hier nicht so leicht eine ernsthafte Schwierigkeit eintreten; die Erwerbs- und Uebergangsbriefe, der Eintrag in die öffentlichen Bücher, vor Allem das notorische Inhaben, das Führen der Schlüssel und der Anbau des Bodens überheben beinahe immer jedes billigen Zweifels hieran. Aber an die Seite hievon stellt sich das zweideutige Eigenthum, der unsichere Besitz, das Zusammentreffen gleichförmiger oder wandel-

barer, übereinstimmender oder sich widerstreitender Akte der Rechtsausübung, wofür jene Kennzeichen fehlen und welche im Unklaren lassen, auf welcher Seite Eigenthum oder Mitbesitz, was Gemeinschaft der Rechte und was Dienstbarkeit, wozu ein Titel der Berechtigung vorliege und was blose Nachsicht oder ältere Vernachläßigung des Widerspruches sei, wie der erste zu beeigenschaften, was seinem Bestande als Einschränkung anklebe, was außer ihm gelegen, dann wer von mehreren Concurrenten der wahrhaft oder besser berechtigte, welche von mehreren Erfassungen einer betheiligten Körperschaft oder Personengemeinheit die den Rechtsverhältnissen entsprechende oder nächstgelegene sei. An die Seite des wahren Eigenthums oder der kennbaren Dienstbarkeit tritt hier wieder die Collision der geheimen rechtlichen Beziehungen, welche aus einer Vergleichung der gegebenen Thatsachen erst abstrahirt werden müssen. Dieser Fall ergibt sich insbesondere bei Gemeindegründen und Weidenschaften, Forst- und Wassernutzen, Wegen, Brücken und Stegen, Flüssen und Bächen, Seen und Teichen, auch bei Waldungen, Torf- und Moorgründen, Steinbrüchen und Sandgruben und dergleichen mehr. Die Anmerkungen zum bayer. LR. Th. II. K. 8 §. 14 Nr. 1 und 2, dann §. 15 Nr. 1 litt. a haben diese Verwicklung gekannt und genau bezeichnet, indem sie sagen: „Jus lignandi wird fast ebenso wie jus pascendi auf unterschiedliche Weise bald jure dominii et proprietatis auf eigenen, bald jure condominii et communitatis auf gemeinen, öfters auch jure servitutis vel familiaritatis auf fremden Grund und Boden exercirt." Hier fehlen gewöhnlich alle festen Merkmale des Eigenthumes oder einer Befugniß zum Ausschlusse; eine Reihenfolge oft schwankender, oft geheimer oder erschlichener, zuweilen abwechselnder und wieder aussetzender Besitzakte, nach Umständen geduldet, wo sie unschädlich blieben oder die Aufsicht nachläßig gepflogen wurde, zuletzt wieder beanständet, aus allem dem kömmt die Quelle der einzigen Aufschlüsse hervor, welche die sorgfältigste Forschung über die verborgenen Rechtsverhältnisse zu ergründen vermag. Derselbe Fall tritt ferner ein bei allen übrigen Verbindungsmitteln, Wasserleitungen, Gebäuden, Anlagen und Vorrichtungen, woran sich ein öffentliches Interesse knüpft, die zu Jedermanns oder einer gewissen Klasse von Personen Benützung, Gebrauch, Bedarf oder Förderung ihrer Endzwecke bestimmt sind. Hier wird auf der einen Seite die Zuständigkeit der Rechte und das Eigenthum der Sachen, auf der anderen die Pflicht ihrer Unterhaltung streitig. Hier findet sich der Zusammenstoß und die richtige

Wahl zwischen Staats= oder Gemeinde=, Gemeinde= oder Stiftungsgut, zwischen Eigenthum der politischen, Kirchen= oder Schulgemeinde, zwischen Eigenthum einer politischen Gemeinde und der darin begriffenen Ortschaften, zwischen der Hauptkirchen= und Filialgemeinde eröffnet; hier ist die Abgränzung und der Unterschied zwischen Eigenthum einer Gemeinde als Körperschaft, patrimonium universitatis und Gemeinschaft unter ihren Bewohnern, communio juris, dann bezüglich der gleichen oder ungleichen Berechtigung einzelner Klassen der Gemeindemitglieder, der Groß= und Kleinbegüterten, der Bauern und Söldner, der In= und Ausmärker, der Altbürger und Insassen oft so unmerklich, so zweifelhaft und aller festen Kennzeichen bar, daß Verlegenheit und Rathlosigkeit darüber, was in der Sache das Rechte und wohin der Sieg Rechtens zu wenden sei, in den Gerichten zu den nicht seltenen Erscheinungen gehören. Worin läßt sich nun die Quelle dieser mißlichen Unsicherheit erblicken? Nur in dem eingewurzelten Glauben, das richterliche Urtheil müsse immer ein judicium stricti juris, ein schulgerechtes Operat einer kunstmäßigen Beweisführung, einer objektiv begründeten Wahrheit sein, es dürfe sich von den Regeln, diese zu finden, nicht ein Haar breit entfernen, in dem schüchternen Widerstreben, durch ein wahres judicium bonae fidei, durch eine freie Benützung der natürlichen und allein möglichen Erkenntnißgründe auf das Feld des Naturalismus hinüber zu gleiten.

Die Prozesse dieser Art nehmen in der Regel folgenden Verlauf. Der Kläger behauptet in Ermanglung eines Titels, daß ihm das Eigenthum oder Miteigenthum eines Grundes, oder eine Grundgerechtigkeit darauf zustehe, insbesondere auch darum, weil er sich seit 10 und 20, seit 30 und 40 Jahren, ja seit unvordenklichen Zeiten im Besitze des Grundes oder in dem Quasibesitze des Rechtes befinde, was natürlich der Beklagte widerspricht. Dem ersteren wird sodann der Beweis auferlegt, daß ihm das streitige Recht zustehe, nach dem Grundsatze: asserenti incumbit probatio. Diesen führt er, immer auf das Ziel der Verjährung hinsteuernd, durch Urkunden und Zeugen, dann durch Vermuthungen, die hier zum erstenmale in die Wagschale fallen. Dann geht die Sache gewöhnlich mit einem Erfüllungs= oder Reinigungseide aus, der meistentheils auch den Rechtspunkt mit umschließt und zur Erleuchtung der Gerichte über die wahre Bewandtniß der Sache nicht das Mindeste beiträgt.

Dieses Verfahren ist den erheblichsten Einwendungen ausgesetzt.

a) Der Satz: asserenti incumbit probatio, indem er von der Negation jedes aufgestellten Anspruches ausgeht, paßt wohl auf äußere Vorgänge und menschliche Handlungen, vor Allem auf denjenigen, dem der Besitz fehlt und der solchen auf der Seite seines Gegners vorfindet, scheint aber auf eine rechtliche Beeigenschaftung, wie Eigenthum oder Besitz, Gemeinschaft oder Dienstbarkeit, überhaupt auf alternative Beziehungen, wovon die eine nothwendigerweise vorhanden und überwiegend sein muß, nicht anwendbar zu sein. Hier wird vielmehr der aus den dargebotenen Umständen, dem Namen einer Sache, der geschichtlichen Entwicklung eines Rechtsinstitutes, der notorischen Eigenschaft einer Reichniß, der traditionellen Natur einer Last, aus der erfaßlichen Bestimmung, der einleuchtenden Wechselbeziehung zwischen Personen und Sachen, aus der Betrachtung von allen Seiten, aus der Würdigung auch der kleinsten Nebenbehelfe hervortretende natürliche und regelmäßige Zustand eines Rechtsverhältnisses immer den natürlichen Ausgangspunkt bilden müssen, um von demjenigen, der eine Abweichung hievon geltend macht, er sei nun Kläger oder Beklagter, er möge behaupten oder verneinen, vorerst den Beweis zu verlangen. Denn auf dem Gebiete des deutschen Privatrechtes, welches sich ohne bestimmte Gesetze nur in Gebräuchen und im volksthümlichen Rechtsbewußtsein fortbewegt, muß dem versammten Eindrucke eines Rechtszustandes und der daraus abgeleiteten Erkenntniß seiner rechtlichen Beschaffenheit dasselbe Ansehen und Gewicht zukommen, welches einer im Gesetze gegründeten Rechtsvermuthung beigelegt ist, die Wirkung nämlich, die Beweislast auf die Seite des Gegentheiles hinüberzuwälzen. Die öden Gründe einer Gemeindemarkung, worauf die Gemeinde ihr Vieh austreibt, sind gewiß präsumtives Eigenthum der Gemeinde; hat aber der Gutsherr seit den ältesten Zeiten bei jeder neuen Ansiedlung sich den Handlohn, Stift und Gilt ausbedungen, so ist mit Sicherheit anzunehmen, daß sein Obereigenthum auch jene unkultivirten Gründe mitumfasse; die Ausübung eines Rechtes gilt für ein festes Kennzeichen des unsichtbar zu Grunde liegenden Rechtszustandes. Die Frohnden stammen nach bayer. LR. aus der Gerichtsbarkeit her, so daß der Gerichtsherr in Ansehung ihrer die Vermuthung für sich hatte; diese Bestimmung ist ganz positiv und wurde nie bezweifelt. Das Besthaupt oder Sterbhandlohn ist aber nach der deutschen Rechtsgeschichte ein Ausfluß der Leibeigenschaft, diese Vermuthung ist ebenso stark, wie jene in Ansehung der Frohnden und wälzt daher die Beweislast über das

Gegentheil als Ausnahme auf denjenigen, der solches behauptet, wie oft erkannt wurde [14]). Ein Frohnd- und Dienstgeld kündiget schon durch diesen Namen selbst zuverlässig an, daß es aus einer Ablösung erlassener und umgewandelter Naturalfrohnden abstamme; ist dieser Reluition vielleicht ein bleibender Schutz verliehen, wie durch den Art. 8 des bayer. Ablösungsgesetzes, so muß er auch jenem Surrogate von selbst und ohne vorgängigen Beweis mit zukommen [15]).

Die Beweislast ohne Eindringen in das Wesen der Sache von der processualen Vertheilung der Parteirollen nach dem Grundsatze abhängig machen: asserenti incumbit probatio, ist in Fällen jener Art ebenso unnatürlich als ungerecht. Hieraus allein erklärt sich das übliche Kunststück der Anwälte, durch eine geschickt eingeschobene Provocation sich die günstigere Lage des Beklagten zu sichern. Alle Streitigkeiten dieser Art sind vielmehr ihrer Natur gemäß judicia duplicia, wobei jeder Theil gleich gut Kläger und Beklagter sein könnte. Das erste Anrufen der Rechtshilfe als rein zufällig darf nicht mit der mißlichen Folge bestraft werden, auch den Beweis auf sich nehmen zu müssen. So wie die Sache gewöhnlich behandelt wird, könnte sich sehr leicht ereignen, daß, wenn zwei Grundholden als nächste Nachbarn ihrem Gutsherrn früher dasselbe Gefäll entrichteten und nun als rein persönliche, mithin erloschene Last verweigern, jedoch mit dem Unterschiede, daß der eine negatorisch klagt, der andere sich mit der actio confessoria belangen ließe, alsdann die Beweislast über die Dinglichkeit oder Persönlichkeit der Reichniß eine ganz entgegengesetzte Vertheilung in beiden Fällen erführe, und wenn kein Theil, wie meistens, den wahren Ursprung mehr beweisen könnte, auch die zwei Prozesse verschiedene Ausgänge nähmen. Von welcher Vermuthung ginge alsdann die Rechtspflege aus? Von keiner, außer von der, daß der Kläger vor geliefertem Beweise immer Unrecht habe.

b) Durch eine solche Beweisauflage gehen überdies meistens die aus der Verhandlung schon hervorleuchtenden Erkenntnißgründe der Wahrheit, entnommen aus der natürlichen und geschichtlich treuen Anschauung der vorgetragenen Verhältnisse verloren, oder sie werden doch in den Hintergrund einer sehr geringschätzigen Vernachlässigung als sogenannte Adminicula zurückgeworfen.

---

14) Bl. f. RA. Bd. XII. Erg. Bl. S. 56.

15) Vgl. RNr. 251, 50/51, wo hienach erkannt wurde.

c) Von einem Beweise durch Vermuthungen und von der Regel, daß diese für sich nie zur vollständigen Probe zureichen, kann hier gar nicht wohl eine Rede sein. Denn jene Vorkommnisse und einzelnen Besitzakte sind hier nicht gewagte Vordersätze, um daraus auf ein Ereigniß als eingetreten zu schließen, sondern sie sind die constitutiven Kennzeichen, die allein dargebotenen Anhaltspunkte zur Ergründung eines Rechtszustandes, der sich auf andere Weise gar nicht offenbart und von denen die eine Alternative, Besitz oder Mitbesitz, Eigenthum oder Dienstbarkeit auf der einen oder der anderen Seite doch vorwalten muß, um den ganzen Streit aus dem Wirren zu ziehen. Nichts ist daher natürlicher, als dasjenige Verhältniß, welches nach allen Umständen am nächsten gelegen ist, der rechtlichen Anschauung am ersten entgegenkömmt, auf dem natürlichen Wege einer unvermeidlichen Schlußfolgerung den übrigen vorzuziehen. Gleichwie die rechtliche Natur und das richtige Verständniß von Verträgen und letztwilligen Verfügungen nach dem bayer. LR. III. 2 §. 12 Nr. 4 und IV. 1 §. 18 blos im Wege der Auslegung aus den gebrauchten Worten, vorwaltenden Absichten und sich hieraus ergebenden Muthmaßungen, und nicht erst mit Hilfe eines formalen Beweises zu ergründen ist, ebenso fällt auch die Qualifikation der dinglichen Rechte als die Fixirung des bestimmten Ausdruckes und inneren Gehaltes, welcher ihrer hervortretenden Ausübung zukömmt und am besten entspricht, in den unmittelbaren Bereich der richterlichen Urtheilsschöpfung selbst. Eben deshalb können auch in solchen Fällen die Bedingnisse einer Verjährung sowie der dazu gehörige Zeitablauf gar nicht verlangt werden, weil es sich nicht darum handelt, ein Eigenthum oder anderes Recht erst zu ersitzen, von einer Hand in die andere zu bringen, einen Erwerb oder Uebergang darzulegen, sondern nur dem annehmbaren und grundhaltigen Bestande der Rechtsverhältnisse in seiner vorfindlichen Gestaltung auf den Grund zu sehen und ihn darnach genau zu beeigenschaften [16]).

16) Die Civilkammer des Cassationshofes in Paris erkannte den 10. Dec. 1855 zu Recht: Ein Gericht kann, ohne ein Gesetz zu verletzen, verweigern, eine neue Wasserordnung zwischen den anstoßenden Uferbesitzern eines fließenden Wassers festzustellen, indem es sich dabei nicht auf eine zu Gunsten eines oder mehrerer Anstößer vollendete Verjährung stützt, sondern auf den Inbegriff und eine gewisse Reihenfolge von Thatumständen, aus denen sich der Bestand eines älteren Regulativs ableiten läßt, welches das Gericht zur Aufrechthaltung genügend findet. (Gaz. d. Trib. v. 10. Dec. 1855.)

d) Ein Erfüllungs- oder Reinigungseid über Punkte, die nur im Wege der Induktion aus gegebenen Umständen sich ermitteln lassen, die meistens Rechtsbegriffe oder rechtliche Zustände über hundert Jahre rückwärts mit umfassen, ist hier etwas völlig nutz- und bedeutungsloses. Wenn alle Erkenntnißgründe der Wahrheit durch den Zusammentrag beider Theile gewissermaßen ausgeschüttet auf dem Gerichtstische und dem richterlichen Nachdenken vor Augen liegen, so kann ein Urtheil, was sich die Richter mit ihren beschwornen Pflichten, ihren Einsichten und ihrer parteilosen Gewissenhaftigkeit hieraus zu schöpfen außer Stand erklären, auch von der einen Partei um nichts besser oder glaubwürdiger durch ihren Eid geoffenbart werden; die ganz willkührliche Bemerkung, die eine Partei könne noch verborgene und geheim gehaltene Quellen ihrer Ueberzeugung besitzen, die nur ein Eid aus ihr hervorzulocken vermöge, ist ein augenfälliger Vorwand. Die Partei weiß Nichts, als was in den Akten vorkömmt, und meistens selbst dies nicht recht; ihr Eid ist daher gewöhnlich ein doppelter Anschlag eines Erkenntnißgrundes, den die Richter schon gewürdiget, aber unzureichend befunden haben. Die Partei schwört immer gedankenlos den ihr auferlegten Eid, um nur den Prozeß zu gewinnen, indem sie sich getrost hiebei der Ueberzeugung hingibt, hätte das Gericht nicht ihr gutes Recht bereits erkannt, so würde man sie nicht zum Eidschwure kommen lassen.

Alle diese mächtigen Bedenken gegen die bisher übliche Behandlung müssen aber mit einem Male verschwinden, sobald die Ermittlung des Bestandes unsicherer oder zweideutiger Rechte an Liegenschaften in Ermanglung eines titulirten Besitzes unter die Herrschaft der Umstände und Urkunden des Falles gestellt würde[17]). Das römische Recht weist darauf hin in C. 4 de prob. (4, 19) Proprietatis dominium non tantum instrumento emtionis, sed et quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur. Das canonische stimmt hiemit überein in Cap. 13 X. de prob. (2, 19). Cum causam, quae inter C. et E. episcopos super suarum limitatione dioecesum vertitur, vobis duximus committendam,

---

17) Vgl. Anh. I. Nr. 145—150. Der Cassationshof in Paris erkannte weiter zu Recht: Die Frage, ob mehrere Mitglieder einer Gemeinde, welche eine Klage erhoben, hiebei als einzelne auftraten, oder durch ihren Inbegriff eine Abtheilung der Gemeinde vorstellen, also eines Streitconsenses bedürfen, ist aus thatsächlichen und rechtlichen Momenten zusammengesetzt, so daß die Gerichte zu ihrer Entscheidung aus den Umständen des Falles zuständig sind. (Gaz. d. Trib. v. 18. Febr. 1859.)

mandamus, quatenus secundum divisiones, quae per libros antiquos vel alio modo melius probabuntur, nec non testes, famam et *quaecunque alia adminicula*, Deum habentes pro oculis, in negotio procedatis. Beide Stellen sind darüber einig, daß nur eine Verschmelzung und rationelle Abwägung aller Beweisgründe die Wahrheit glücklich zu Tage fördern könne. Jene Stelle aus dem canonischen Rechte ist besonders sehr bezeichnend durch die Hinweisung, Gott dabei vor Augen zu haben, was im Munde eines Papstes soviel sagen will: Alle Weisheit der Gesetze ist nicht im Stande, durchgreifende Vorschriften hierüber aufzustellen; der gewissenhaften Ueberzeugung der Richter muß es überlassen bleiben, jeden Fall in seiner Eigenthümlichkeit nach den Eingebungen zu entscheiden, die sie dem Lichte ihrer Vernunft verdanken [18]).

4) Die eigentlichen Grundgerechtigkeiten oder Prädialservituten, Fahrt- und Trieb-, Weide- und Schäferei-, Holz- und Streu-Rechte, Wässerungs- und Mühlenbetriebs-Gerechtsame bilden einen stehenden Artikel in der Praxis unserer Gerichte; auch auf diesem Felde sind mehrere schwache Seiten der üblichen Behandlungsweise nicht wohl zu verkennen.

a) Auf die wichtigste derselben wurde schon oben aufmerksam gemacht; sie besteht in der Vernachlässigung einer sorgfältigen Einsicht in das Wesen des Rechtsbesitzes im Gegensatze zum Precarium, zur blosen Vergünstigung, zur nachsichtsvollen und widerruflichen Duldung, ein Umstand, dem bei weitem die meisten Servituten ihren Ursprung und Lebensfaden verdanken. Da diese Unterscheidung in einem animus, in der inneren Anschauung und Auffassung beider Theile, wie sie sich nach außen kund gibt, nur vermuthen und errathen läßt, ihren Sitz hat, so verschmähen es die meisten Richter, darauf einzugehen und halten Alles, was auf dem fremden Grunde geschieht, ohne verhindert zu werden, sogleich für den Gegenstand und die Grundlage einer darauf fortgehenden Ersitzung, wenn nur der nöthige Zeitablauf hinzutritt. Auch die seicht und obenhin gehende Weise, die Fortdauer des Quasibesitzes in der Zwischenzeit

18) Nach dem altenglischen Gerichtsverfahren erfolgte die Ladung der Geschwornen zu den Assisen ausdrücklich zu dem Ende, ut recognitionem faciant, quis eorum (litigatorum) *majus jus habeat in terra illa.* Sie hießen deshalb auch *recognitores.* Rüttimann, engl. Civil-Prozeß, §§. 104 u. 105. Jedes richterliche Urtheil in dergleichen verschlungenen Streitigkeiten über den Grundbesitz muß auch in deutschen Gerichten immer untersuchen und frei aussprechen, quis eorum majus, et quale quis jus habeat in terra illa.

zwischen Anfangs- und Endpunkt der Verjährungszeit zu vermuthen, wurde bereits im zweiten Punkte angeregt. Ein freies und umherblickendes Eindringen in die Umstände, unter denen die Ausübung stattfand, in die häufige Wiederkehr der einzelnen Handlungen, in das Band ihrer Verkettung, und vor Allem ein gründliches Eingehen auf den Punkt, ob denn der Inhaber des dienenden Grundstückes ein ernstliches und begreifliches Interesse hatte, sich dem, was unter seinen Augen geschah und ihn berührte, zu widersetzen, wird nicht verfehlen, in den Gang und Ausfall der Urtheilsschöpfung über dergleichen Streitigkeiten eine vernünftige Kritik einzuführen. (Vgl. Anh. I. Nr. 151—153.)

b) Ein weiterer Irrthum besteht darin, jede vorgefundene Wechselbeziehung zwischen Grundeigenthümern bei der Unbekanntschaft mit ihrem Ursprunge sogleich unter den Gesichtspunkt der Dienstbarkeit zu stellen, während sie sich bei Flurmarkungen der Gemeinden, bei den Verhältnissen von Grundherrn und Grundholden doch weit natürlicher aus der Gemeinschaft, der Markgenossenschaft, dem Verbande als Bezirksgemeinde, nachbarlichen Vereinbarungen oder als Ausflüsse und Zugaben des Colonatvertrages erklären lassen. Das bayer. LR. II, 8 §. 14 Nr. 1 bezeichnete diesen Unterschied sehr genau, indem es bemerkte, die Gemeinde- oder Koppelweide werde zwar nicht jure servitutis, sondern communitatis et condominii exercirt. Diese Unterscheidung selbst ist oft sehr wesentlich, weil jede Gemeinschaft zu allen Zeiten wieder aufgehoben werden kann, und dasjenige, was der Grundherr dem Grundholden zu verabreichen oder sich zueignen zu lassen schuldig ist, mit dem Colonatvertrage, wenn auch sein ursprünglicher Inhalt nicht mehr bekannt ist, als präsumtive Nebenabrede steht und fällt. Ueber das Vorwalten einer dieser Alternativen einen urkundlichen Nachweis verlangen, ist meistens eine ganz unerschwingliche Sache; nur eine freie Forschung in den vorwaltenden Verhältnissen wird in den meisten Fällen die Ueberzeugung über alle Zweifel erheben oder doch beurtheilen lassen, ob die unbesiegbaren wichtig genug seien, um dem Ausschlage der Sache eine andere Richtung zu geben.

c) Die größte Schwierigkeit besteht darin, das billige Maaß im Gebrauche der Servituten festzustellen, wenn sich, wie so häufig, Streit darüber ergibt, wofür schon das fr. 9 de servit. (8, 1) verordnete: modo civiliter; nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. In gleichem Sinne erklärte das fr. 22 §. 2 de usu et habit.

(7, 8) usu legato, si plus usus sit legatarius, quam oportet, officio judicis, qui judicat, quemadmodum utatur, continetur: ne aliter, quam debet, utatur. Alle Gesetze sind darüber einig, daß dieser Punkt ungebunden durch positive und ganz unmögliche Vorschriften unter das billige Ermessen der Gerichte, unter eine freie aber vernünftige Abwägung der beiderseitigen Rechte und Interessen, der ursprünglichen Absichten und ihrer nöthigen Beschränkung nach Zeit und Umständen falle. Das bayer. LR. insbesondere verordnet ganz klar II, 7 §. 6 Nr. 2, man habe sich mit dem Gebrauche der Dienstbarkeit zuvörderst nach den Pakten und dem Herkommen, oder wo solche ermangeln, nach den Statuten, der Billigkeit und was der Natur oder besonderen Eigenschaft jeder Servitut gemäß ist, zu richten; dann weiter unten II, 8 §. 13 Nr. 8 von dem Weiderechte, insbesondere wo mehrere Berechtigte oder Verpflichtete zusammentreffen, da solle sie die Obrigkeit bei entstehender Irrung zu vereinigen, oder *ex aequo et bono* abzuurtheilen suchen; auf gleiche Weise soll die Sache auch bei Koppelweiden gehalten werden, welche aus dem Rechte der Gemeinschaft oder des Miteigenthumes ausgeübt werden. LR. §. 14 Nr. 1 a. a. O. Das preuß. LR. I, 19 §§. 15 ff.; I, 22 §§. 26—29 gibt beiläufig dieselben Vorschriften wieder; ebenso §§. 484, 495 das österr. Civ.-GB. Unsere bestehende Praxis hat sich denselben entwunden und huldiget dafür als unwandelbarer Regel nur dem Grundsatze: Tantum praescriptum quantum possessum. Dieser Satz hat denn auch seine volle Richtigkeit, nur muß er vernünftig verstanden, mit Umsicht angewendet, kritisch erwogen, aber nicht als eine erstarrte Richtschnur behandelt werden, an welcher fortgehend auch der Blinde das rechte Ziel nie verfehlen könnte. Es wird immer noch erforderlich bleiben, daß sich der Scharfsinn der Richter zu der Höhe emporschwinge, welche nöthig ist, um zu unterscheiden, was von der bisherigen Uebungsweise das zufällige Ergebniß wandelbarer Umstände und gleichgültiger Rücksichten war, und was umgekehrt als die kundgegebene Ausprägung und Anwendung einer festen, den An- und Absichten nur unsichtbar vorschwebenden Regel zu betrachten sei [19]). Allein auf diesen schlüpfrigen

19) Es kam ein Fall vor, wo es sich um die ärarialische Baulast an Wohnungen der Kirchen- und Schuldiener handelte, und dem Grundsatze: tantum praescriptum quantum possessum die Folge gegeben war, jedes Thürschloß, jeder Glockenzug, jeder Ofen u. s. w., den der frühere Landesherr als Patron

Boden wagen sich unsere Richter äußerst ungerne; sie glauben vorherrschend, es sei im Wesen der Rechtspflege gelegen, immer nur retrospektiv, für das Gegebene oder Vorgefundene constatirend, aber nie produktiv, eine Regel für Rechte und deren Collision erst neu vorzeichnend zu verfahren; das letztere hält man für eines der Vorrechte und der Lasten der Administration. Dieser Irrthum ist augenfällig, obwohl er nur schwer zu besiegen sein wird. Wenn es sich um die streitig gewordene Ausübung einer Grundgerechtigkeit oder eines ihr ähnlichen Rechtes auf Gemeindemarkungen, oder auch eine streitige Wechselbeziehung zwischen Ober- und Untereigenthum, Grundherrn und Grundholden, den Umfang und die nöthig gewordene Beschränkung der gegenseitigen Befugnisse handelt, so sind allerdings in erster Linie der ursprüngliche Verleihungstitel, die lex agri, der Colonatvertrag oder nach C. 12 §. 1 de aedif. priv. (8, 10) ea quae pridem constituta sunt zu Rathe zu ziehen; schweigen diese, so kann die bisherige Art der Ausübung, wenn sie auf billigen Gründen beruhte, auch ohne die Erfordernisse der Verjährung zu erschöpfen, zur Richtschnur für den ferneren Bestand genommen werden, was auch das fr. 13 §. 1 com. praed. (8, 4) mit den Worten andeutet: nisi talis consuetudo in illis lapidiciniis consistat. Ist der Umfang einer solchen Gerechtsame ungleich und schwankend, so kann dasjenige, was unter gleichen Verhältnissen in der Nachbarschaft geschieht, der Entscheidung zum Anhaltspunkte dienen. C. 3 de aedif. priv. (8, 10): Praeses probatis his, quae in oppido *frequenter* in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. Hat unter mehreren Ausübungsarten der Berechtigte eine gewählt, oder der Verpflichtete ihm eine ohne Widerspruch angewiesen, so muß es auch für die Zukunft hiebei sein Bewenden haben. Fr. 9 de serv. (8, 1). Reicht aber dieses Alles nicht aus, um eine feste Regel heraus zu finden, so gibt das röm. Recht in fr. 13 §. 1 de serv. praed. rust. (8, 3) die weitere Anleitung: Igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet. Dieser Schiedsrichter ist der deutsche Richter in seiner eigenen Person; das Amt, die Pflichten desselben wohnen seiner Gerichtsbarkeit inne, die sich hiebei nur durch das Gutachten von Sachverständigen die nöthige Aufklärung verschaffen darf; es hieße also sein Amt verweigern, seiner Pflicht zuwider handeln,

---

je einmal machen oder ausbessern ließ, falle dem k. Fiskus zur Last, alles Uebrige habe die Gemeinde auf sich zu nehmen. (RNr. 1484, 50/51.)

wenn er in einem solchen Falle die genaue Regel für die Ausübung der Grundgerechtigkeit, weil er sie nicht fest ausgeprägt vorfindet, nicht erst nach eigenem Ermessen vorzeichnen wollte. Was ist auch eine solche Irrung über Tag- und Nacht-Weide, offene und geschlossene Zeit, Viehtrieb in einer oder mehreren Heerden, Weiden mit Hornvieh oder Pferden, Vertheilung der Pferchnächte, Wässern an Feier- oder Werktagen, die Weidenschaft abwechselnd nach Wochen oder Tagen, Vor- oder Nachmittagen, Streu- und Laubbrechen in ähnlichem Abwechsel, welche oft Gemeinden, Bauern und Söldner, Grundherrn und Grundholden Jahre oder Jahrzehnte lang feindselig trennen und in Athem erhalten, was sind alle solche Irrungen anders, als Streitigkeiten über verwirrte Gränzen, welche nur hier nicht die Scheidelinien zweier Grundstücke, sondern zusammentreffender Befugnisse sind? Hiefür stellt nun das fr. 2 §. 1 fin. reg. (10, 1) die klare Vorschrift auf: Et si forte amovendae veteris obscuritatis causa per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere *per adjudicationem et condemnationem*. Was sollte den Richter auch hier für den ganz analogen Fall abhalten können, durch Aufstellung einer neuen aus sich selbst, seiner besten Ueberzeugung und Ansicht der Sache geschöpften Ordnung eine neue Gränzlinie vorzuzeichnen? Worauf läßt sich denn die Ansicht gründen und mit was auf dem Gebiete des Privatrechtes vertheidigen, das Schaffen einer neuen Satzung gehöre zu den ausschließenden Privilegien der Administration? Auch hier thut es also wieder Noth, der Umsicht und dem Gewissen der Richter durch die Hinweisung auf die Umstände eines jeden Falles einen neuen Anstoß zu geben, um dieselben den engen Fesseln, worein sie ihre Aussprüche für gebannt halten, zu entwinden. (Vgl. Anh. I. Nr. 151).

5) Ein letzter Mißstand ist in dem verengten Umkreise zu erblicken, worin sich das richterliche Urtheil meistens im Zu- und Aberkennen bewegen zu müssen glaubt. Wenn, wie oben bemerkt, den Gerichten zusteht, den wahren realen Bestand eines zweifelhaften Rechtes als Eigenthum oder Miteigenthum, getheiltes Eigenthum oder Dienstbarkeit aus den Umständen zu ermitteln, so müssen dieselben auch das Ergebniß dieser Forschung aussprechen dürfen, wenn es zufällig mit der Ansicht keiner von beiden Theilen übereinstimmen, sondern zwischen ihren Begehren in der Mitte liegen sollte. Das gewöhnliche Auskunftsmittel, die Klage in solchen Fällen so lange angebrachtermaßen abzuweisen, bis endlich der Kläger ein-

mal auf ein rechtes und gerechtfertigtes Petitum verfällt, ist zu engherzig und weitläufig, um dasselbe billigen zu können. Bei Geldsummen und allen anderen Größen halten sich die Richter unbedenklich für ermächtiget, das Zuvielgeforderte abzuschneiden, jedes Begehren auf seine wahren Gränzen zurückzuführen und den Zusatz: „oder wie viel weniger" sogar in einem rechtskräftigen Beweisthema zu ergänzen; warum sollte ein gleiches nicht auch bei dem Streite über die wahre Beschaffenheit und den inneren Umfang von Rechten zuläßig und empfehlenswerth seyn? Das fr. 21 de reb. cred. (12, 1) gibt eine nächstverwandte Anleitung hiezu in den Worten: Sed in utroque casu humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offertur (das relative minus nämlich); *cum ad officium ejus pertineat, lites diminuere.* Die sich gegenüber stehenden Behauptungen beider Theile, die ohnedies immer nur Folgerungen sein werden, müssen hinter der vom Richter ergründeten rechten Mitte zurückstehen; nur nicht über die Bitten hinaus soll erkannt werden, auf Alles, was innerhalb ihrer Gränzen als ein verhältnißmäßiges minus liegt, hat sich der richterliche Ausspruch immer zu erstrecken. Wenn daher beide Theile sich über das ausschließende Eigenthum eines Grundes streiten, warum sollte nicht jedem von ihnen das Miteigenthum zu gleichen oder ungleichen Theilen zuerkannt werden dürfen? Wenn jeder von beiden Eigenthümer sein will, was könnte im Wege stehen, dem einen das Eigenthum und dem anderen den Nießbrauch zuzusprechen, wenn diese Unterscheidung ihrer Collision wahrhaft zu Grund liegt, was doch selbst bekanntlich bei Theilungsklagen als ein Mittel, zusammentreffende Betheiligungen zu vereinbaren, erlaubt und gesetzlich ist[20])?

In allem Dem sind nur einige Hauptpunkte angedeutet, auf denen in Bezug auf dingliche Rechte die sorgfältige Benützung der Umstände des Falles ein tieferes Eindringen in die wahrhaften Rechtsverhältnisse herbeiführen müßte; viele andere wird ein gründliches Nachdenken hinzuzufügen leicht im Stande sein.

§. II.

Benützung der Gerichts- und Offenkundigkeit.

Alles Forschen nach der Wahrheit eines Sachverhaltes hat zum Zwecke, zu erfahren, was man noch nicht weiß; wie kann

20) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 29. Die Stadt N. und die dortige Schützengesellschaft stritten sich um das Eigenthum des dortigen Schießplatzes; die oberstrichterliche Entscheidung fiel gegen die beiderseitigen Anträge dahin aus,

aber ein Gericht noch einen Beweis über Dasjenige verlangen, was alle Leute wissen, was gerichts-, welt- und ortskundig ist? Es ist gewiß eine höchst übertriebene Anforderung an die Unparteilichkeit der Richter, damit anzufangen, daß sich ihre Urtheilsfindung von jeder Einsicht, von jedem Wissen lossagen, sie verläugnen solle, die sie mit zur Sitzung bringen oder wofür ihnen die Erkenntnißgründe offen stehen, in ihrer Nähe halb vor Augen liegen, insoferne jene Kenntniß nur nicht die individuelle eines Zeugen, sondern die allgemeine ist, welche alle Welt durchdringt. Auch will die bayer. GO. K. XII. §. 5, „was bei Gericht schon vorhin legaliter bekannt oder notorisch sei, dürfe von den Parteien weiter „nicht mehr erwiesen, sondern nur allegirt werden." Nur fügt sie unglücklicher Weise bei: „falls aber das angebliche Notorium wider„sprochen und in Zweifel ist, müssen diejenigen, welche sich darauf „berufen, den Beweis darüber führen." Der Gerichtsgebrauch hat dieser Einschränkung den Sinn gegeben: Falls aber das angebliche Notorium widersprochen oder im Zweifel ist; von diesem Augenblicke an hat die Notorietät, diese große, freie und unerschöpfliche Hilfsquelle, um sich die Erhebung von Beweisen zu ersparen, allen Werth für den Gebrauch der Rechtspflege verloren. Die Anwälte widersprechen bekanntlich Alles; behauptet Jemand in einer um 11 Uhr Vormittags abgehaltenen Tagsfahrt, es sei in diesem Augenblicke heller Tag, auf der Stelle wird der Anwalt des Gegners diesen Umstand widersprechen, der erstere dann in Abrede stellen, daß nicht heller Tag sei, und der Richter in Versuchung kommen, darüber als ein widersprochenes Notorium den Beweis aufzuerlegen[21]). Von dem Augenblicke an, wo der Sachverhalt unter die freie Herrschaft der Umstände tritt, muß auch das Notorium in sein altes Ansehen wieder zurückkehren; denn was ist dasselbe Anderes, als eine Gewißheit aus Umständen geschöpft, die Jedermann kennt, woran kein vernünftiger Zweifel möglich, die also auch dem Richter, allen Parteien und Anwälten einer Sache

---

daß der Stadt das Eigenthum, der Gesellschaft nur die Benützung zustehe, so lange sie auf dem bisherigen Fuße fortbestehe.

21) Auch das bayer. LR. läßt die Ortskundigkeit gelten, z. B. IV, 9 §. 15 Nr. 6 von der actio institoria, wonach Ladendiener, Provisoren, Kellner und dergleichen Personen den Institoren oder Exercitoren nur insoweit gleich geschätzt werden, als sie in dem ihnen anvertrauten Gewerbe oder Handelsgeschäfte von ihrer Prinzipalschaft entweder ausdrücklich, oder wenigstens stillschweigend nach kundigem Gebrauche committirt und begewaltet sind.

von selbst als gewiß einleuchten müssen? Die ganz treffende und wirksame Nachhilfe für den Mißbrauch jenes Anhanges in der betreffenden Stelle der GO. könnte leicht dadurch geschaffen werden, wenn er so lautete: Falls aber das angebliche Notorium widersprochen ist und auch in billigem Zweifel steht, so hat der Richter, sobald es wirklich einen Umstand aus dem Gebiete der Offen- und Ortskundigkeit betrifft, den wahren Sachverhalt von Amtswegen zu erforschen. Dazu wäre er im Grunde schon dermalen ermächtiget; denn wenn es darauf ankömmt, ob der Richter selbst noch über den notorischen Umstand Zweifel hegt, so muß er sich auch diesen Zweifel durch eigene Erkundigungen zerstreuen und die Quelle, aus der er gleich anfangs die Notorietät schöpfen könnte, um völlig außer Zweifel zu sein, benützen dürfen, sich den letzteren zu heben.

Die französischen Gerichte tragen von ihrem Standpunkte der innigen Ueberzeugung aus nicht das geringste Bedenken, die Notorietät, die ihnen innewohnt, als Beweisgrund zu benützen und durch ihr Urtheil zu constatiren, obschon kein Gesetz sie dazu ermächtiget[22]); ja es läßt sich mit vieler Bestimmtheit annehmen, die Constatirung eines Umstandes als notorisch im erstrichterlichen Urtheile wirke auch auf die zweite Instanz, ein vielleicht weit entlegenes Appellationsgericht fort, welches in diesem Punkte der ersten Instanz vollen Glauben schenkt. Der Entscheidungsgrund: In der Erwägung, daß es notorisch, daß es eine Sache von öffentlicher Notorietät ist, ebnet bei ihnen alle Schwierigkeiten[23]). Die Fiktion, der sich die Richter gleichsam stillschweigend dabei hingeben, läuft auf Folgendes hinaus: Wenn eine Partei eine Thatsache als notorisch behauptet, die der Gegentheil zu widersprechen wagte, so darf ja nur der Oberrichter oder Präsident den ganzen hinter den Schranken versammelten Umstand fragen: Ist das wahr oder nicht? Erheben dann Alle die Hände, so ist der Umstand gewiß; was hier die Umstehenden zu bewähren vermöchten, das leisten die Richter aus ihrer Gerichts-, Orts- und Offenkundigkeit von selbst. In einigen Fällen hat das Gesetz selbst auf eine aus den Umständen zu schöpfende Kundbarkeit

---

22) Indem der C. N. Art. 444 und 503 der Notorietät erwähnt, ohne beizufügen, wie solche zu constatiren sei, scheint er Alles dem Gewissen der Richter überlassen zu haben.

23) Carré Qu. 975 ter findet nur unzulässig, daß der Richter aus einer ihm persönlich innewohnenden Kenntniß über einen privativen Umstand seine Entscheidung schöpfe, weil er sich dadurch nicht an die Aufgabe eines Richters halten, sondern in die eines Zeugen hinübergreifen würde.

hingewiesen, wie namentlich der Art. 105 C. Nap.: „Hat Jemand keine ausdrückliche Erklärung über die Absicht, an einem Orte ständig zu verweilen, abgegeben, so hängt die Probe derselben, um seinen Wohnort zu bestimmen, von den Umständen ab." (Anh. I. Nr. 204, 205.)

Eine zweite Art der Notorietät ist die Gerichts- und Amtskundigkeit aller Behörden, welche in dem Organismus der Staatsverwaltung oder der Rechtspflege selbst eine Stelle einnehmen. Was in gerichtlichen Urtheilen oder in Sitzungsprotokollen, in der Urkundensammlung eines Notars, in den amtlichen Registern, Urkunden, Sammlungen und Aktenheften einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde geschrieben steht und zu finden ist, was in den Civilstandsregistern der Gemeindebehörden eingetragen vorkömmt, das ist immer von öffentlicher Notorietät; denn alle Staatsbehörden und Gerichte sind ja nur Bruchtheile und Ausläufer derselben Gewalt, des nämlichen versammten Ansehens. Wird sich darauf berufen oder scheint es einem Gerichte selbst nöthig, um sich daraus zu unterrichten, so verordnet es die Vorlage der Originalakten oder Mutterprotokolle, worauf der Staatsanwalt solche beizuschaffen hat. Nichts stünde im Wege, von dem Standpunkte der Notorietät aus dasselbe auch in deutschen Gerichten zu thun; mehrere Gerichte und einzelne Richter versuchen es auch zu Zeiten mit dem günstigsten Erfolge ohne Beanständigung, andere dagegen trauen sich dieses nicht zu thun, scheuen sich vor dem Abgange von der Verhandlungsmaxime und bemerken, ein solches Verfahren sei zu inquisitorisch, und diese letzteren sind in der Mehrzahl. Ja, es sind bereits Fälle vorgekommen, wo ein beigefügter Administrativakt die Rechnungsstellung eines Stadtschreibers für seine Gemeinde enthielt und klar nachwies, das gerichtliche Urtheil aber bemerkte, in jene Akten dürfe, solange sie nicht als Beweismittel benannt seien, gar nicht hineingesehen werden. (RNr. 1765, $^{51}/_{52}$.)

Zu dem Falle gerichtlicher Notorietät gehört im französischen Verfahren auch noch jene Rechtsvermuthung, welche die Rechtskraft nach Art. 1351 C. N. zu Gunsten desjenigen begründet, was in einem rechtskräftigen Urtheile bereits als gewiß constatirt ist. Deshalb ist auch das rechtskräftige Strafurtheil dort vollkommen und ohne allen Anstand beweiskräftig für den nachfolgenden Civilprozeß auf Schadensersatz, das verurtheilende wie das freisprechende; nur insoferne neben dem letzten noch ein anderer Gesichtspunkt besteht, welcher den strafrechtlich Nichtschuldigen wegen derselben be-

schuldigten Handlung immer noch als bürgerlich verantwortlich für sein Begehen oder Unterlassen bezeichnet, kann derselbe Schwurgerichtshof, vor dem die Freisprechung erfolgte, oder später auch ein Civilgericht den Losgesprochenen zum Schadensersatze anhalten. Der Cassationshof hat oft in diesem Sinne erkannt, namentlich erst noch in einem sehr schön motivirten Erkenntnisse v. 7. März 1855 [24]). Im belgischen revidirten Civilgesetzbuche wurde die Beweiskraft des Strafurtheiles für die davon abhängenden Civilpunkte sogar zum förmlichen Gesetze erhoben. (Schlink's Commentar Bd. II. §. 339 Nr. 1.)

Ueberhaupt scheint noch der Zugriff zu dem Hilfsmittel der Notorietät überall ganz untrennbar von einer selbstthätigen Forschung der Gerichte in den Verwicklungen eines dunklen Faktums; denn was notorisch oder allgemein kundbar sei, kann nur in der Welt und dem Leben, aber selten in den Gerichtsakten geschöpft werden. Diese ganze Materie hängt also auf das Innigste zusammen mit der billigmäßigen Amtsgewalt der Gerichte, aus eigenem Antriebe die Wahrheit, so weit es ihnen nicht untersagt ist, zu ergründen. In Deutschland ist die unglückliche Erstarrung der Verhandlungsmaxime, die zu schroff erfaßte Anfeßlung an die Aktenlage als ausschließend, die bereits in die äußersten Verzweigungen getriebene Unterscheidung des Richters von dem Manne, — qua judex und qua homo, — von dem Manne als einem Individuum des Welt-, Gemeinde- und Familienverkehres das größte Hinderniß, um die Notorietät dasjenige gelten zu lassen, was ihr nach der Absicht der Gesetze und der Natur der Sache als Ansehen gebührt. Diese leicht erfaßliche und frei erfaßte Notorietät ist auch die beste, beinahe die einzige Quelle, aus der sich die Zurückweisung einer Behauptung oder eines Widerspruches aus dem Grunde schöpfen läßt, daß sie nicht ernst gemeint seien. Nachdem ein Beweis nur dann geführt werden soll, wenn das vorgebliche Notorium widersprochen und in Zweifel ist, warum sollte der Richter nicht sagen dürfen: mir ist es nicht mehr zweifelhaft, mithin bedarf ich auch keines Be-

24) Gaz. des Trib. v. 22. März 1855; Seuffert's Archiv Bd. IX. S. 122; — Vgl. auch Bl. f. RA. Bd. XX. S. 136 ff. — Die Beharrlichkeit, mit welcher einige deutsche Obergerichte die Beweiskraft des neuen Strafurtheiles für den nachfolgenden Civilpunkt von sich zurückweisen, läßt sich nur als eine Protestation des gelehrten Standes gegen das Ansehen des freien Wahrspruches und den doch unvermeidlichen Einsturz seiner festen Beweistheorie auffassen. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XII. Nr. 202.

weises?[25]) Wie eifrig die deutschen Richter sich bestreben, bei der Ausübung ihres Amtes sich jeden über die Akten hinausreichenden Blick zu versagen und sich beim Urtheilen die Augen zu verbinden, läßt sich mit einigen Beispielen belegen. Wenn in einer Gerichtsstube darüber verhandelt wird, ob die neu erbaute Mauer eines Hauses dem Nachbarn das Licht benehme oder ein eröffnetes Fenster die Aussicht in seinen Garten gewähre, so darf der Richter vielleicht nur zum Fenster hinaussehen, um sich von der Sache vollständig zu überzeugen, wenn die Gebäude zufällig dem Landgerichte gegenüber liegen. Er könnte dann in seinem Urtheile sagen: Erwogen, daß aus dem blosen Anblicke des streitigen Hauses hervorgeht und für das Gericht die Gewißheit erlangt ist, daß u. s. w. Dieses Urtheil würde aber in zweiter Instanz bestimmt als ein tumultuarisches und deshalb als nichtig aufgehoben, weil nur der förmliche Augenschein der rechte Weg sei, die Localverhältnisse in der Nähe des Gerichtsgebäudes aktenmäßig zu machen und für einen Richter, der zum Fenster hinaus sieht, mit diesem Augenblicke die Gerichtsbarkeit erlösche. Wenn der Bürger einer kleinen Stadt, den es reut, sich für seinen Vater verbürgt zu haben, ein gemeiner schlichter Bürgersmann sein will, um sich des Privilegiums zu bedienen, daß seine nicht gerichtlich errichtete Bürgschaft ihn nicht verbinde, woraus kann diese Unterscheidung des bayer. LR. IV, 10 §. 4 anders als aus den notorischen Umständen seiner Person geschöpft werden? Das Landgericht führte nun in seinen Gründen zur Widerlegung jenes Vertheidigungsbehelfes an, der Beklagte handle viel mit Holz, gehöre mithin der handeltreibenden höheren Bürgerklasse an; dieser appellirte dagegen, weil jener Umstand in der Verhandlung nicht angeführt, daher auch nicht aktenmäßig sei. (RNr. 1027, $^{51}/_{52}$.) Diese Beschwerde hatte natürlich keinen Erfolg. Wenn eine Klage, die sich auf gerichtliche Schuldbriefe stützt, zu Protokoll verhandelt wird, und der Beklagte die ihm in Abschrift mitgetheilte Urkunde vor der Originalproduktion nicht anerkennen will, so dürfte vielleicht der Commissarius causae das Mutterprotokoll nur aus dem Fache hinter seinem Pulte herausziehen und dem muthwilligen, widerspenstigen Schuldner vor Augen legen, um seinen Widerspruch und Vorbehalt auf der Stelle zu beschämen.

25) Vgl. Archiv für civ. Prax. Bd. 41 S. 321: „Der freien Beweisführung kann die Verwerthung der bereits vorhandenen Ueberzeugung, auch wenn man dies wollte, nicht versagt werden. Wo die volle Ueberzeugung einmal vorhanden ist, kann durch die Beweisführung nichts mehr hinzugethan werden."

Aber nein, das thut er nicht, es wird vielmehr Beweis auferlegt, Gegenbeweis geführt, das Original erst nun producirt, worüber zwei Jahre verloren gehen. Wenn in einem Streite wegen Kirchenbaulast die Akten der Regierung über ein administratives Provisorium beigebunden sind, aus denen sich meistens alle wünschenswerthen Verhältnisse von selbst ergeben, was thut das Gericht? Es legt in der Regel den Beweis auf, führt an, durch die Bezugnahme auf Vorakten in folle sei ein Beweis nicht anticipirt, diese seien nicht producirt, daher ein förmlicher Beweis noch mit nichts geführt oder erübriget.

Wirklich vorgekommene Fälle sind nachfolgende:

a) Ein Vormund klagt gegen den Vater seines Pupillen auf Erhöhung des Muttergutes und legt der Klage das ihm ausgefertigte Originalcuratorium bei; der beklagte Vater widerspricht vor Allem, daß der Kläger, der sein Schwager war, als Spezialcurator für sein Kind aufgestellt sei und erkennt das landgerichtliche Curatorium, bevor ihm das doch bei der Klage befindliche Original vorgelegt sei, nicht an. Was geschieht nun? Dasselbe Landgericht X. unter der Unterschrift desselben Landrichters Y., welche beide unter dem Curatorium standen, legt dem Kläger den Beweis auf, „daß er vom Landgerichte X. als Vormund des Z. verpflichtet und zu gegenwärtigem Streite ermächtiget sei.“ Dabei mußte es auch bleiben, weil über diesen Punkt in der höheren Instanz keine Beschwerde geführt war (RNr. 604, 53/54.)

b) Ein Gläubiger, der im Executivprozesse ein gegebenes Darlehen einklagte, legte zum Nachweise der rechtzeitigen Aufkündigung einen Botenbuchsauszug desselben Gerichtes vor, bei dem er die Klage einreichte und welches sechs Monate vorher dem Schuldner die Forderung gerichtlich hatte aufkündigen lassen. Dieses Insinuations-Document enthielt zufälliger Weise die Angabe des Betreffes der Sache nicht, worauf sich die zugestellte Verfügung bezog; im Botenbuche, welches wahrscheinlich im anliegenden Zimmer offen auflag, konnte der Richter den Betreff zur Ergänzung nachschlagen; er that es aber nicht, sondern zog vor, die Klage abzuweisen, weil die Gewißheit der Aufkündigung als ein wesentliches Stück des Executivprozesses nicht durch Urkunden erwiesen vorliege. Als die II. Instanz, über dieses Bedenken hinweggehend, den Schuldner verurtheilte, wurde dasselbe von seinem Anwalte noch in der dritten verfolgt, obwohl natürlich ohne allen Erfolg. (RNr. 25, 54/55.)

c) Bei einem Gerichte, welches zehn Jahre früher eine Vatergutsauszeige unter dem Namen eines Kindsvertrages zu seinem Briefsprotokolle aufgenommen hatte, wurde zwischen den dabei betheiligten Kindern ein förmlicher Editionsstreit als Zwischenpunkt darüber durchgeführt, daß der ältere Sohn die Originalausfertigung, die er zu sich genommen, aber nicht mehr besitzen wollte, den jüngern Geschwistern als Beweismittel herauszugeben habe. Das Appell.-Gericht wies indessen den Antrag zurück, weil ja die Einsicht des Mutterprotokolles jedem Betheiligten freistehe. (RNr. 711, 53/54.)

d) In dem Streite gegen zwei Ehegatten auf Bezahlung einer Schuld wurde dem Kläger der Beweis auferlegt, daß die mitverklagte Ehefrau, eine Bierwirthin

nämlich, mit ihrem Ehemanne in offener Wirthschaft gesessen sei. (RNr. 49, 54/55. Wo sollte sie denn sonst sitzen?)

e) Ein Gutsherr klagt im J. 1851 ein Erbhandlohn von einem Grundstücke ein, welches sein Grundhold im J. 1844 von seinem Schwiegervater abgetreten erhalten, weil die Uebergabe von Eltern auf Kinder nach der Orts-Observanz in den Betracht einer anticipirten Beerbung gestellt und sich daher auch mit dem nur die Hälfte betragenden Erbhandlohn begnügt werde. Der Beklagte widerspricht, daß er ein Erbhandlohn schulde, weil sein Schwiegervater noch lebe, ein Einwand, der offenbar den Grund der Klage, die sich auf keinen Todesfall gestützt, verfehlte. Urtheil: Der Gutsherr habe zu beweisen, daß der Schwiegervater bereits verstorben sei, der doch in den Akten noch im nämlichen Jahre 1851 ein Protokoll unterzeichnet hatte und vielleicht täglich am Landgerichte vorüberging. Die zweite Instanz vermochte nicht mehr, diesem Mißgriffe abzuhelfen. (RNr. 285, 53/54.)

f) Einem Bierbräuer wurde der Beweis auferlegt, daß im J... die Sudzeit in M. mit dem 15. Sept. begonnen habe, was doch Jedermann im Polizei-Anzeiger aus einer Ausschreibung des Magistrates lesen konnte. Der Berufung lag sogar ein Zeugniß des Magistrates hierüber bei; es hieß aber in den Gründen der II. Instanz, eine Beweisauflage lasse sich nicht umgehen, weil damit der Beweis nicht anticipirt sei. (RNr. 21, 54/55.)

g) In einem kurhessischen Falle wurde der auf Entschädigung klagenden Wittwe eines erschlagenen Mannes durch alle drei Instanzen sogar der Beweis auferlegt, welches Lebensalter ihr Ehemann muthmaßlich erreicht haben würde. (Annalen der Justizpflege in Kurh., Jahrgang II. S. 423.)

Aehnliche und noch auffallendere Rechtsfälle ließen sich in Menge anführen. Bei der vorstehenden Lage der Sache würde ein französischer Präsident die Sitzung immer mit den Worten schließen: Der Gerichtshof wird die Schriftstücke einsehen, oder das Gericht verordnet die Beischaffung der Originalien, — ordonne l'apport des minutes — der Staatsanwalt, die rechte Hand des Gerichtes, schafft sie dann bei, und Niemand fällt ein, das sich hierauf stützende Urtheil zu beanständen[26]). Die Art. 70 und 155 des C. Nap.

26) Die Staatsanwälte können amtliche Aktenstücke auch aus eigenem Antriebe dem Gerichte zur besseren Aufklärung vorlegen. Der Cassationshof sprach den 18. Juni 1855 aus: Die Staatsbehörde, welche wegen Unabhängigkeit ihrer Verrichtungen das Recht hat, zur Unterstützung ihrer Anträge alle Behelfe vorzubringen, von denen sie eine bessere Erleuchtung der gewissenhaften Ueberzeugung der Richter erwartet, konnte dieselben auch auf noch nicht mitgetheilte Erlasse der Verwaltungsstellen stützen, selbst dann, wenn sich die Theile wechselseitig zahlreiche andere Urkunden als Probemittel desselben Faktums zustellen ließen; besonders ist solches alsdann unschädlich, wenn festgestellt ist, daß der Gerichtshof, der mit der Sache befaßt war, die von der Staatsbehörde neu vorgelegten Urkunden nicht zur ausschließenden Grundlage seiner Entscheidung nahm; die Gegenpartei kann

lassen für gewisse Fälle des Familienrechtes s. g. Notorietätszeugnisse zu, die der Friedensrichter mit vier Zeugen ausstellt; was sollte im deutschen Prozesse im Wege stehen, wenn die Notorietät bestritten ist, die Meinung der ganzen Gemeinde hierüber durch Auskunftspersonen zu erheben? 27) Die französischen Gerichte unterscheiden sehr wohl zwischen Notorietät und gemeinem Rufe (Art. 1415, 1442, 1504 C. Nap.); der letztere hat etwas unsicheres, weil er sich nur um Punkte dreht, die nicht aller Welt vor Augen liegen und Jedermann bekannt sein müssen oder leicht werden können, sondern erst noch jener Vermittlung bedürfen, die auch den Zeugen vom Hörensagen im Punkte seiner Glaubwürdigkeit weit zurückstellt. (Vgl. Anh. I. Nr. 85, 118, 135, 155, 156, 315 u. 321[a].)

Wenn der deutschen Civilrechtspflege der Gebrauch der Notorietät als Beweisgrund wieder aufgeschlossen würde, wie er den französischen Gerichten längst offen steht, so dürften etwa folgende Hauptpunkte auf die einfachste Weise ohne Weitläufigkeit ihre nicht minder gründliche Erledigung darin zu finden haben, und daher auf diesen Weg zu verweisen sein:

a) Notorische Abstammungen, Familien- und Verwandtschaftsverhältnisse, die an einem Orte oder in einer Stadt so wenig des Zweifels fähig sein können, als die Genealogie des Hauses Rothschild in der europäischen Handelswelt, die Jedermann im Conversationslexikon lesen kann;

b) die kundbare Beerbung eines Verstorbenen, was als eine Verlängerung seiner Persönlichkeit im Interesse der öffentlichen Ordnung der Behörde zu constatiren obliegt, welche den Nachlaß

---

sich deshalb nicht auf eine Verletzung der Pflicht zur Unparteilichkeit berufen. (G. Trib. v. 20. Juni 55.) Sieh unten Abschnitt VII. N. 5.

27) Pigeau, Procéd. civ. II., 2 T. III. Chap. 2 bemerkt in dieser Beziehung: „Oefter sind die Richter angewiesen, nach einem kündigen Brauche oder Gerichtsgebrauche des Ortes zu urtheilen, wo der Streit sich erhob oder gewisse Grundstücke gelegen sind.... Kennen sie selbst diesen Gebrauch nicht und sind die Theile nicht darüber einig, so verordnen sie, daß die Theile sich von dem betreffenden Gerichte eine Notorietätsakte hierüber zu verschaffen und solche vorzulegen haben. Das fremde Gericht darf eine solche Akte nicht ausstellen, wenn ihm nicht ein Urtheil des Gerichtes, wo die Sache anhängig ist, vorgelegt wird, welches deren Erholung verordnet, und ein solches Urtheil kann nur nach vorgängiger Verhandlung erlassen werden. Steht ein Handelsgebrauch in Frage, so verweiset man die Theile vor das Handelsgericht, welches sein Gutachten abgibt." — Ein deutsches Gericht würde wohl hier den einfacheren Weg einschlagen, sich mit einer Requisition an das fremde Gericht um nähere Auskunft zu wenden.

versiegelt oder inventirt oder an die Erben ausgeantwortet hat, die Identität von Personen und Sachen, das Heimaths-, Gewerbs- und Niederlassungsverhältniß einer Person, ihr bleibender oder vorüber gehender Wohnsitz im Gegensatze zum blosen Aufenthalte, die Eigenschaft als Handels- oder Gewerbsmann, als wohlhabend, bemittelt oder arm, die Angemessenheit einer gewissen Leistung mit seinen bekannten Vermögensumständen, die Flüchtigkeit oder Fluchtsgefahr, die Zahlungsfähigkeit von Mitsteigerern und gerichtlichen Bürgen;

c) die Hilfsbedürftigkeit, Zahlungsunfähigkeit, der Zustand der Geldklemme;

d) das Bedürfniß des Unterhaltes und das treffende Maaß desselben, die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, jede Condemnatio in id quod quis facere potest, ebenso jede Angemessenheit von Kur-, Verpflegungs- und ähnlichen Kosten, die nur modificirte Alimente sind, die Abschneidung befundenen Uebermaaßes, alle Aequivalenz eines der Größe nach unbestimmten Anspruches mit einer Leistung, wie solche die gemeinkündigen Verhältnisse als entsprechend darstellen;

e) in gleicher Weise der Ausspruch des treffenden Arbeitslohnes und jedes anderen Verdienstes, die Beurtheilung des Preises der Lebensmittel, zur regelmäßigen Veröffentlichung kommender Markt-, Normal- und laufender Preise, alles desjenigen, was seinen Sitz in der Presse und anderen Mitteln der Veröffentlichung hat;

f) der aus öffentlichen Büchern ersichtliche oder sonst kundbare Grundbesitz in einer Gemeinde, die Entfernung der Orte, die offen stehenden Reisegelegenheiten und ihre Preise;

g) der Bestand und Verband einer Gemeinheit, einer Anstalt zu wohlthätigen Zwecken, einer öffentlich bekannt gemachten Handels- oder anderen Gesellschaft, ihre Ermächtigung oder nicht bezweifelbare Duldung durch die Behörde;

h) die Erkennung aller in die äußere Wahrnehmung fallenden körperlichen Zustände im ganzen Gerichtsbezirke vermöge einer fingirten Allgegenwart des Gerichtes, sowie der bekannt gemachten Polizeivorschriften und Einrichtungen, die Eigenschaft der Oeffentlichkeit für Vorgänge und Zustände, Orte und Handlungen;

i) die Erfassung der geheimen Beziehungen einer Flugschrift oder bildlichen Darstellung, um den Thatbestand einer Injurie oder sonstigen Tendenz daraus herzuleiten.

Hier ließen sich noch zahlreiche andere Fälle anreihen, welche in allen französischen Urtheilen ihre Abfertigung mit den Worten

finden müßten: Erwogen, daß es für das Gericht eine kundbare Sache und von öffentlicher Notorietät ist, daß u. s. w. qu'il est constant et de notoriété publique. Was sind aber die Quellen dieser Kundbarkeit? Die Kenntniß, welche alle in der Sitzung versammelten Richter schon lange vorher hatten, ehe sie ihre Sitze einnahmen, die weitere Entwicklung in der mündlichen Verhandlung der Sache selbst, die gründliche und nachdrucksame Darlegung von der einen Seite, die zaghafte oder verlassene Beanständung von der anderen, die Vorlage der darauf Bezug nehmenden Schriftstücke und Urkunden, — des pièces du procès — der Zeugnisse, Briefe, Druckschriften, Bekanntmachungen, Maueranschläge und Zeitungen, endlich wo es Noth thut, die Vernehmung von Personen, welche mehr über die Kundbarkeit als ihre eigene individuelle Wahrnehmung glaubwürdige Aufschlüsse zu ertheilen im Stande sind. Welch' ein Grund, welch' ein vernünftiger Grund läßt sich anführen und auch nur mit dem Gewichte einer Nußschale geltend machen, um den deutschen Gerichten dieses neue Licht der Offenkündigkeit, der Kundbarkeit aus Akten, öffentlichen Schriften und Urkunden länger vorzuenthalten, um sie zu verhindern, in dem großen Buche der Lebenskenntniß und allgemeinen Erfahrung zu lesen, um sie zu zwingen, dasjenige nicht zu wissen oder ein Nichtwissen über etwas zu erkünsteln, was doch alle Welt weiß?

§. III.
Beweis aus Vermuthungen und Umständen in Bezug auf Willensakte und insbesondere auf Verträge.

Der französische Civilprozeß kennt, wie bereits weiter oben bemerkt, zweierlei Arten, einen Beweis zu führen, die juristische oder materielle Probe durch positive Beweisgründe als die Regel, die moralische Probe als ergänzende Aushilfe in zweiter Linie. Diese letztere ist nichts Anderes, als der mittelbare Beweis aus Vermuthungen und Schlußfolgerungen, die Ableitung eines bestrittenen Umstandes aus mehreren gegebenen Thatsachen, die Erhebung jener höchsten Wahrscheinlichkeit, über welche hinaus keine weitere Erkenntniß mehr möglich ist, zur Gewißheit, ohne solche in der eidlichen Offenbarung der Theile selbst zu schöpfen oder auf diese Art der Ergänzung oder Beseitigung von Beweisen nur einiges Gewicht zu legen.

Diese moralische Probe findet sich denn vor Allem auf dem Gebiete des Obligationenrechtes und der Willenshandlungen ein

weites Feld eröffnet, weil hier die Wandelbarkeit des menschlichen Willens, der plötzliche Umschlag der An- und Absichten, die Verflüchtigung gesprochener Worte, das Zurücktreten der Thatsachen hinter den herabgesunkenen Vorhang der Vergangenheit es besonders nöthig machen, Alles aufzubieten, um mit der ganzen Schärfe eines gesunden Verstandes in die Windungen eines verschlungenen Faktums einzudringen, die Nebel, die es umhüllen, zu zerstreuen, den Schleier des Geheimnisses, mit dem es sich umgibt, zu lüften und die ganze Wahrheit an die Helle des Tages hervorzuziehen. Wenn Arglist und Wortbruch, schleichende Umtriebe und Falschheit der Gesinnung sich verbunden haben, um einen einfachen Vorgang unerforschlich zu machen oder eine Kette zusammenhängender Umstände zu verdüstern, so darf auch umgekehrt der Richter es nicht verschmähen, unter der Taucherglocke seines Gewissens in die Tiefe der Herzen hinabzusteigen, und hier in seiner unmittelbaren Anschauung der Thatsachen, der Absichten und Eindrücke jene Ueberzeugung über ihren Zusammenhang und Erfolg zu schöpfen, die er in dem Urtheilsspruche mit dem Gewichte seines Ansehens und dem Siegel seines Amtes zu bekräftigen berufen ist. Wäre aber zuletzt das erwünschte Ziel doch nicht vollständig zu erreichen, bliebe Licht und Schatten immer noch in störendem Wechsel auf dem ganzen Bilde neben einander stehen, so darf er, selbst auf diese letzte Position zurückgedrängt, seinen Dienst nicht verweigern, seinen Eifer nicht verläugnen; er darf sich nicht hinter den Eid einer Partei, oder den Gemeinplatz einer Abweisung in angebrachter Art flüchten, um sich hier gemächlich dem Glauben zu überlassen, seiner Pflicht Genüge geleistet zu haben. Auch in diesem Falle ist das respektiv Liquide, das relativ Gewisse eines verwickelten Faktums frisch zu erfassen und wenigstens theilweise mit den ihm zukommenden Wirkungen festzuhalten. Ein solcher Ausspruch, wenn gleich nicht im vollen Bewußtsein, das Wahre erreicht und erschöpft zu haben, erlassen, ist noch immer weit gerechter und pflichtmäßiger, gegenüber dem unbekümmerten Rückzuge aller Verantwortlichkeit hinter den bequemen Satz: Non deficit jus sed probatio. (Vergl. Anh. I. Nr. 3.)

Nur wenige Einzelnheiten scheinen in dieser Partie des Ganzen eine nähere Hervorhebung zu verdienen; alles Uebrige wird sich dann leicht von selbst ergeben.

1) Von einigen Punkten, die bei Willenshandlungen vorkommen, von den inneren und psychischen Grundbedingnissen aller Thätig-

keit und Aeußerung eines Willens, ist es unbestreitbar, daß sie schon nach all' unseren Gesetzen, wie nach der vernünftigen und geläuterten Praxis nur durch richterliches Ermessen aus den Umständen eines jeden Falles festzustellen sind, weil dabei eine andere Art der Ergründung wenigstens in den meisten Fällen gar nicht möglich ist. Dahin gehört die Beurtheilung des gesunden Verstandes, der Willensfreiheit und anderer Seelenzustände, des Bewußtseins, des Irrsinnes oder der Trunkenheit einer Person; dahin gehört ebenso die Würdigung jeder Absichtlichkeit und anderer Vorgänge oder Zustände im Innern eines Menschen, der Arglist, des bösen Vorsatzes oder guten Glaubens, der Absicht zu hintergehen, zu schenken oder zu beleidigen oder auch ein Gebot zu umgehen; in gleicher Weise die Beurtheilung der Eindrücke und Wirkungen, welche gewisse äußere Vorgänge auf die Willensthätigkeit des Menschen hervorbringen, der Verleitung durch Zwang, Furcht, Drohung oder Ueberredung, der wahren Beweggründe und ihrer Tragweite, des Irrthumes oder Mißverständnisses und anderer Berührungen der intelligenten und moralischen Kraft der Person [28]). Dahin gehört nicht minder die Willensübereinstimmung bei Verträgen, die feste und unwiderrufliche Offenbarung des Willens im Gegensatze zu blosen Traktaten, die Unterscheidung, ob ein dabei zur Sprache gekommener Punkt eine ernstgemeinte Bedingniß und ein wahrer Bestandtheil der getroffenen Uebereinkunft oder ob er blos eine unverbindliche Aeußerung, eine oberflächliche Anpreisung, die beiläufige Ankündigung eines Vorhabens, eine widerrufliche Verheißung, die Eröffnung einer erfreulichen Aussicht, die Offenbarung einer zu nichts verpflichtenden und dem Wandel nach Zeit und Umständen immer noch vorbehaltenen Willensmeinung sein sollte.

Allein die kurzsichtige und vom Mißtrauen in sich selbst erfüllte Praxis sträubt sich auch hier noch zuweilen gegen die selbstthätige Schöpfung eines Urtheiles aus der inneren Anschauung; sie verlangt alle Beweise von außen, Beweise nicht blos über die Anhaltspunkte, sondern auch die Folgerungen, Beweise über die Vordersätze, die Verbindung und den Nachsatz, die meistens gar nicht möglich sind. So kömmt es, daß in dergleichen Fällen auf Beweis erkannt, und wenn derselbe, wie fast immer, nicht völlig gelungen ist, auf irgend einen Eid zurückgegriffen wird. Hat ein Mann, des

28) Der Irrthum desjenigen, der eine Nichtschuld zurückfordert, kann rein aus den Umständen des Falles und der wechselseitigen Stellung der Parteien bemessen werden. (OAG. Erk. v. 26. Febr. 1856, RNr. 698, 54/55.)

Haders müde, einen gerichtlichen Vergleich unterschrieben, den er, von späterer Reue befallen oder von seiner zänkischen Frau aufgestachelt, nicht halten will, so darf er beweisen, daß er durch hinterlistiges Zureden seines Gegners dazu verleitet worden, während doch Alles unter den Augen des Richters vor sich ging. Weiß kein Zeuge etwas hievon, so soll sein Gegner erst noch den Haupteid über das Beweisthema schwören; hat er ihn geschworen, mit der Folge, daß er nun von der Klage in der angebrachten Art entbunden ist, so folgt eine neue Nullitätsklage gegen den Vergleich nach, nun darauf gegründet, der Richter habe ihn zu dessen Eingehung durch Drohung und erregte Furcht gezwungen. Diese Klage wird wieder zugelassen und zum Beweise ausgesetzt, obwohl ja die erste Klage, durch die vorgeschützte Ueberredung, eine wahre und freie Zustimmung des Willens zugegeben hatte, der behauptete Zwang also mit derselben in geradem Widerspruche steht, überdies unerklärbar blieb, warum der Kläger den zweiten Grund, wäre er nur einigermaßen haltbar, nicht sogleich mit dem ersten verbunden hätte [29]. Ebenso kommen Fälle vor, in welchen Jemand auf seine blose Behauptung hin zum Beweise zugelassen wird, daß er bei dem Abschlusse eines gerichtlichen Vertrages oder als er durch sein Meistgebot den Zuschlag erwirkte, betrunken gewesen, während doch offenbar ist, daß ein Richter mit einem Betrunkenen nie eine Verhandlung vornimmt, das Gerichtsprotokoll also selbst das Gegentheil constatirt. Nicht seltene Anfechtungen eines ungelegenen Testamentes werden mit der beliebig ersonnenen Behauptung unterbaut, der Erblasser habe im Irrsinne gehandelt oder sei seiner nicht völlig mächtig gewesen. Der Kläger darf solches beweisen, schiebt seinem Gegner darüber den Eid zu, den dieser nun schwören soll, weil er durch seinen häufigen Umgang mit dem Verstorbenen sich leicht habe überzeugen oder auch von seinen nächsten Umgebungen erfahren können, in welchem Geisteszustande er sich damals befunden. Das französische Urtheil pflegt über ein solches Gewebe von Intriguen, Einfällen der üblen Laune und aus der Luft gegriffenen Einbildungen von Erbgelüsten fast überall mit den Worten hinwegzugehen: Erwogen, daß der Kläger wohl behauptet, aber nicht nachzuweisen vermag, der Erblasser sei dazumal seines Verstandes beraubt oder wenigstens in der Freiheit seines Willens gestört gewesen; daß der Zusammenhang seiner niedergeschriebenen Worte, die richtige Be-

29) Bl. f. RA. Bd. XVIII. S. 148.

gründung seiner Absichten, das zu allen Zeiten bekundete Wohlwollen gegen den eingesetzten Erben, mit seiner kundbaren Abneigung gegen seine nächsten Verwandten, wie solche aus seinen Briefen hervorleuchtet, vielmehr das gerade Widerspiel ergeben und bereits mehr als hinlänglich feststellen, daß er im vollen Gebrauche seiner nicht getrübten Vernunft handelte, u. s. w. (Vgl. Anh. I. Nr. 79, 189—193.)

2) Die Auslegung der Rechtsgeschäfte ist nach allen Gesetzen, wie nach der Natur der Sache eine Aufgabe des richterlichen Urtheiles; gerade darin besteht eine der vorzüglichsten Verrichtungen der Rechtspflege, den Sinn der unklaren Worte zu verdeutlichen, den Geist zu erfassen, die Zweifel zu zerstreuen, das Wahre an der Sache über jeden Versuch der Verdrehung und Mißdeutung zu erheben[30]). Von der wörtlichen oder grammatikalischen Auslegung ist dieses auch so ziemlich unbeanständet; nicht ebenso von der logischen. Ist eine Stelle in einem Testamente oder Vertrage oder Verleihungsbriefe dunkel, ist sie zweideutig oder doppelsinnig, fehlt ein Punkt ganz als vergessen, ist er als selbstverständlich mit Stillschweigen übergangen, so soll die Partei, und zwar in den meisten Fällen der Kläger, beweisen, daß jene Einigung in der einen oder der anderen Weise gemeint gewesen, daß dieses oder jenes nebenbei verabredet worden sei; alle Beweise sollen immer positiv von Außen kommen, die wahre Erforschung aus den Umständen, die in der Regel keinen oder nur wenig Zweifel übrig lassen, wird verabsäumt, wird als unjuristisch verschmäht, als ein zwar sehr annehmbares, aber doch selbst geschaffenes Urtheil des Mannes und nicht des Richters, — qua homo und nicht qua judex — bei Seite gesetzt. Die Beweisauflage und der Eid im Hintergrunde sind häufig die einzigen Mittel, um eine so verzweifelte Frage auf eine ebene und geläufige Bahn hinüberzubringen.

Als Beispiele hiefür können etwa folgende wirklich vorgekommene Fälle angeführt werden:

a) Wenn eine Gewerbsbefugniß eines Grundholden ein halbes Jahrhundert hindurch in den drei übereinstimmenden Lehenbriefen bei den letzten Besitzveränderungen berührt ist, jedoch in dem Punkte etwas zweideutig blieb, ob sie blos precario geduldet oder in dem Colonatvertrage mit dem Gute verliehen sein

30) Vergl. Boncenne, Introduct. Ch. 17. „Für die Würdigung der Thatsachen und für die Auslegung der einzelnen Punkte eines Vertrages gibt es kein anderes Gesetz als das einer gründlichen Einsicht, und daneben das der Billigkeit.“

sollte, so ist doch gewiß nichts natürlicher, als diesen Anstand, wie bei jedem dunkeln Vertrage, im Wege der Auslegung zu heben. Statt dessen wurden aber die Lehenbriefe, als nicht den gesuchten Aufschluß gebend, ganz bei Seite gelegt, und dem Kläger der Beweis aufgegeben, daß er dreißig Jahre lang in dem herrschaftlichen Bräuhause Bier gebraut habe, weil, was dreißig Jahre lang währe, auch fortan geschützt werden müsse. (Bl. f. RA. Bd. XX. S 287.)

b) Eine beklagte Partei wollte aus einem vorgelegten, aber ziemlich kurz abgefaßten Gerichtsprotokolle herleiten, daß darin eine zweifache Delegation vorgegangen, welche ihren klagenden Gläubiger längst zufrieden gestellt habe. Die erste Instanz fand den Inhalt des Vertrages unklar; statt ihn aber mit Hilfe der übrigen Umstände, die sich in Masse darboten, zu interpretiren, legte sie dem Beklagten den Abschluß einer außergerichtlichen Uebereinkunft vom nämlichen Tage zum Beweise auf, ganz desselben Inhaltes, wie ihn das Gerichtsprotokoll hätte bekunden sollen, während die Theile wohl damals unter sich eins geworden und sehr wohl wußten, was sie wollten, aber nirgends eine Spur vorlag, daß sie neben dem summarisch aufgenommenen gerichtlichen am nämlichen Tage einen zweiten außergerichtlichen Vertrag abgeschlossen hätten. (RNr. 711, 53/54.)

c) Anna Maria Heim hatte in ihrem Privattestamente zu ihren Erben eingesetzt: „ihren Bruder Johann Heim, ihren Bruder Martin Heim, ihres Bruders „Adam H. Kinder, Namens Simon, Kunigunde und Rosalia Heim; diese hier „benannten theilen zu gleichen Theilen." Diese drei Bruderskinder wollten nun nach Köpfen, die zwei noch lebenden Brüder nach Stämmen erben; wer hatte Recht? Das Landgericht ließ die Theilung nach Köpfen als die vorherrschend annehmbare gelten, legte aber den zwei Brüdern den Beweis auf, daß A. M. Heim bei Abfassung ihres Testamentes die Absicht gehabt, daß ihre Erbschaft unter ihre sämmtlichen Erben nach gleichen Stammtheilen vertheilt werden solle. (RNr. 1352, 51/52.)

d) Der Besitzer eines Bräuhauses hatte sich in einem schriftlichen Vertrage verpflichtet, einem Bierwirthe, seinem Pächter, das Bier sechs Jahre lang um drei Pfennige per Maaß „unter der Kreistare" abzugeben. Bei der Abrechnung entstand Streit, ob hier unter der Kreistare der Preis vom Ganter aus oder der Schankpreis gemeint gewesen. Die II. Instanz legte daher dem Bräuer, welcher den Ausstand einklagte, den Beweis seiner Behauptung auf, daß bei Abschluß des Vertrages unter dem Ausdrucke „Kreistare" die beiden Contrahenten den Schankpreis gemeint haben. (RNr. 1372, 56/57.)

Der erste und wichtigste Punkt, womit sich die Auslegung der Verträge zu befassen hat, besteht darin, die wahre Causa derselben, das id quod actum est zu bestimmen, d. h. dasjenige, was Gegenstand und Wirkung der ernstlichen Vereinbarung und Willensmeinung der Theile sein sollte. Den Gegensatz hiezu bildet die Simulation, die auf lauteren oder unlauteren Beweggründen beruhen kann, die Absicht, über etwas Anderes übereinzukommen, als die Worte entnehmen lassen. Auf diesem Punkte muß die richterliche Urtheilsschöpfung völlig freien Spielraum haben, sich überall hin zu ergehen, da die Gewißheit hierüber nur aus einer muthmaß-

lichen Erklärung der Absichten, aus einem Schlusse auf die Beweggründe, einem Seitenblicke auf die in Aussicht stehenden Folgen ermittelt werden kann. Nicht einmal die Uebereinstimmung beider Theile über diesen thatsächlichen Punkt, der nie von einer Abstraktion ganz trennbar ist, kann das richterliche Urtheil fesseln; jene selbst oder ihre Anwälte können ein noch fortwährend reges Interesse haben, einen Vertrag für ein Mandat auszugeben, der doch ein wahrer Kauf ist, um den Gutsherrn um sein Handlohn zu bringen. Das richterliche Urtheil ist auf seinem Gebiete frei in der Reflexion, ungehemmt von den Spiegelgarnen, mit denen dasselbe eine schlau modulirte Wortfügung der Theile umstellen möchte; es setzt vielmehr über dieselben hinweg, und darf sich von dem, was die letzteren vorschützen, nicht einklemmen lassen, wenn dergleichen Vorgaben nicht mehr als der Erguß eines freien Willens, eines treuen Strebens nach Wahrheit erscheinen, oder von einem Gebrauche der Freiheit, über das Seinige nach Belieben zu verfügen, eingegeben sind[31]). Dieser Standpunkt empfiehlt sich besonders noch für wucherliche Geschäfte, bei denen oft eine künstliche Verhüllung manchen Geldmäckler dem schönen Worte des fr. 10 §. 10 quae in fraud. cred. (42, 8) entziehen soll: dulcitudine usurarum (nomen ejus) ... secuti sunt. Sehr häufig finden sich Lücken, ungenaue Punkte oder unvollständige Stellen eines Vertrages, welche, wie von jeder Punktation schon an sich vorgeschrieben ist, einer Ergänzung nach den Regeln der Auslegung bedürfen; beinahe alle umfassen ein tacitum, quod re inest, gewisse Bedingnisse der Uebereinkunft, welche, ohne ausgedrückt zu sein, als sich von selbst verstehend in den ursprünglichen Absichten beider Theile lagen, von denen sich aber eine später erst erwachte unlautere Absicht wieder los zu machen sucht. Den Gerichten liegt es ob, solche Punkte immer aus dem inneren Wesen der Sache zu ergänzen, und zwar annäherungsweise selbst in dem Falle, wenn wohl anzunehmen ist, daß keiner der Theile an die betreffende Frage nur gedacht habe. Das preuß. LR. Th. I. T. 5 §. 129 hat solches klar in den Worten ausgesprochen, der Richter habe die fehlenden Nebenbestimmungen eines Vertrages nach den Gesetzen zu ergänzen. Das bayer.

31) Vgl. bayer. LR. IV. 2 §. 1 Nr. 1: „Bei benannten Contrakten ist nicht allemal auf den Namen, welcher ihnen in dem Instrumente beigelegt wird, sondern vielmehr auf die von den Paciscenten hierunter geführte Absicht das Augenmerk zu nehmen, sohin daraus hauptsächlich zu ermessen, in was für einem Contrakt man eigentlich versire."

LR. III. 2 §. 12 Nr. 4—9 und IV. 1 §. 18, der Code Nap. Art. 1156 und das österr. Civil-Gesetzbuch §§. 6, 7 u. 914 geben einige hiemit übereinstimmende Vorschriften. Besonders zahlreich und in ihrer Verbindung unzweideutig sind in diesem Belange die Stellen des röm. Rechtes, welche all' diesen Landrechten als Quelle dienten. Hierüber dürften zu vergleichen sein fr. 9 de prob. (22, 3), wonach bei Verträgen das Widerspiel desjenigen, quod plerumque fit, als Einrede zu beweisen ist; — fr. 73 de V. O. (45, 1): Interdum pura stipulatio *ex re ipsa* dilationem capit; .... *tacite* tempus complecti videtur; — fr. 53 eod.: doli clausula ad ea pertineat, quae in praesentia occurrere non possint; — fr. 3 de reb. cred. (12, 1): nam in contrahendo, quod agitur, pro cauto habendum est; — fr. 11 §. 1 de A. E. V. (19, 1): quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, *quae naturaliter insunt hujus judicii potestate;* — fr. 2 §. 3 de O. et A. (44, 7): in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex aequo et bono praestare oportet; — fr. 34 de R. J. (50, 17): aut si non appareat, quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in ea regione, in qua actum est, frequentatur; — C. 19 de loc. cond. (4, 65):... si nihil specialiter exprimatur *contra consuetudinem regionis.* Eine Beweisauflage, daß der eine oder der andere Punkt in den Absichten der Contrahenten gelegen, muß hier völlig sinnlos erscheinen, wenn sich dieselben nicht darüber geäußert haben. Dasselbe gilt noch weit mehr von dem dunkeln Sinne letztwilliger Verordnungen, wo die Stimme, welche die beste Aufklärung geben könnte, bereits verstummt ist; so z. B. über die Frage, ob es die Absicht des Erblassers gewesen, einem seiner Notherben die Collation zu erlassen. (Anh. I. Nr. 195.)

Zahlreiche Beispiele des I. Anhanges lassen ersehen, mit welchem Eifer die französischen Gerichte sich einer „gesunden Auslegung" der Verträge befleißen, mit welch' sicherem Takte sie die dunkeln Stellen erläutern, wie frei sie sich bewegen, das Zweideutige zu erklären, was sich scheinbar widerspricht, in Einklang zu bringen, wie wenig sie, von Schüchternheit zurückgehalten, bedenklich finden, einer stillschweigenden Bedingniß den entsprechenden Ausdruck zu verleihen oder das Selbstverständliche hinzuzufügen und wie bewandert sie sich darauf verstehen, fehlende Abreden über Nebenpunkte, an die Niemand gedacht oder die ihrem Schicksale überlassen wurden, mittels einer festen Handhabung der clausula doli generalis nach den Gesetzen, im Geiste der bona fides, nach der Billigkeit

und den muthmaßlichen Absichten zu ergänzen. Wenn sie im Gebrauche dieser Freiheit in den Fall kommen, dem einen Theile eine nicht ausgemachte, aber aus der Natur der Sache fließende Verpflichtung aufzuerlegen, so fügen sie sogleich die nöthige Beschränkung bei, um den Mißbrauch zu verhüten, der hievon zu befürchten wäre. (Anh. I. Nr. 169.) Wenn nach der Bestellung einer Arbeit streitig wird und Niemand genauen Aufschluß darüber geben kann, was verabredet war, so muß die wahrscheinlichste Version zur Aushilfe in eine Stelle nachrücken, welche die Wahrheit einmal nicht auszufüllen vermag; der Eid, den gewiß immer beide Theile ableisten würden, bleibt aber mit Recht in einer weisen Entfernung gehalten. (Anh. I. Nr. 174.) [32]).

Vor Allem ist es aber die wahre Causa der Verträge, auf deren Ergründung die französischen Richter mit der genauesten Abwägung aller Umstände den höchsten Grad von Scharfsinn aufwenden. Drei Artikel des Civilgesetzbuches, indem sie blos gemeines Recht wiedergeben, dienen zum positiven Stützpunkte für ein zuweilen so gewagt scheinendes Vorgehen. Es verordnet nämlich der C. Nap. in Art. 1131: „Jede Verbindlichkeit ohne Causa (d. i. ohne rechtlichen Verpflichtungsgrund) oder die auf einer falschen oder einer unerlaubten Causa beruht, kann auch keine Wirkung hervorbringen."

Art. 1132. „Ein Vertrag bleibt gültig, wenn auch seine Causa darin nicht ausgedrückt ist."

Art. 1133. „Die Causa ist unerlaubt, wenn sie im Gesetze verboten ist, den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung zuwider läuft." (Vgl. Anh. I. Nr. 41—70[b].)

Jede Uebereinstimmung des Willens muß ernsthaft sein, um einen wahren Vertrag zu Stande zu bringen; das Störsamste für die Festhaltung eines schriftlichen Vertrages und die richtige Würdigung seiner Folgen ist wohl die Simulation, bei welcher es in

32) Die gesetzliche Grundlage für dergleichen Akte der Judicatur bildet der Art. 1135 C. N., wo es heißt: „Die Verträge verpflichten nicht blos zu demjenigen, was darin ausdrücklich festgesetzt wurde, sondern auch zu allen Folgen, welche die Billigkeit, ein kündiger Gebrauch oder das Gesetz einer Verbindlichkeit ihrer Natur nach beifügen." Desgleichen Art. 1160 ebendas. „Man muß die übrigen Nebenpunkte eines Vertrages von Amtswegen ergänzen, obwohl sie nicht darin ausgedrückt sind." Der einzige und natürliche Dollmetscher, eine solche Ergänzung vorzunehmen, kann aber nur der Richter sein.

den beiderseitigen Absichten lag, über etwas Anderes übereinzukommen als die Worte zu verstehen geben. Diese Verkleidung bezielt immer eine Täuschung, nur auf dritte berechnet, indem die Theile selbst wenigstens wissen, was das Wahre und Ernstgemeinte an der Sache sei, wenn gleich die Freiheit ihres Willens auf der einen Seite sehr oft dabei getrübt ist oder befangen gehalten wird. Auf dieselbe wird daher auch mit vollem Rechte der Vorbehalt des Art. 1353 C. N. in Anwendung gebracht, wonach es in Fällen der Hinterlist oder des Betruges wohl angeht, wie es auch gar nicht wohl anders möglich ist, die wahre Bewandtniß der Sache bei einer abgeschlossenen Uebereinkunft aus Vermuthungen zu entnehmen und aus den Umständen des Falles festzustellen. Die umsichtsvolle Anwendung dieses Probesteines gewährt immer und überall eine reiche Ausbeute. Verkleidete Schenkungen in der Form eines gegebenen und feierlich verschriebenen Darlehens, wucherliche Verträge und Entstellungen zur Umgehung eines Verbotes, verkappte Spielverträge, Speculationen auf eine Cursdifferenz unter dem Gewande eines Kaufes auf Lieferung, maskirte und andere Schuldverschreibungen, denen eine galante Gefälligkeit, von den römischen Juristen so unverblümt causa turpis geheißen, zum Anlasse diente, Vorwände und Heimlichkeiten aller Art werden in der freien Anschauung der Richter an die Helle des Tages gezogen, des künstlichen Schleiers, der sie umgibt, entkleidet und mit der wohlverdienten Vernichtung beahndet, oder wenigstens dem Abstriche des arbiträr taxirten Uebermaaßes unterworfen. Die Richter geben durch ihr reif überdachtes Urtheil den Ausschlag zwischen dem rechtmäßigen Erwerbe einer Sache und dem Inhaben aus einem precären Titel, der die Zurückgabe auferlegt, und mildern hiedurch das Schroffe des Grundsatzes, daß bei beweglichen Sachen, vermöge einer Rechtsvermuthung der Besitz allein schon die Stelle eines Rechtstitels vertritt. Art. 2279 C. N. (Anh. I. Nr. 162, 326.) An dem nicht selten auseinander laufenden Scheidewege zwischen Ernst und Blendwerk, zwischen redlicher Absicht oder Verstellung angekommen und auf die Frage hingeführt, ob Jemand ernstlicher Inhaber einer Forderung oder blos Herleiher seines Namens sei, ob eine Sache, die Jemand aus dem Vermögen eines Verlebten in Händen hat, gelehnt oder geschenkt, hinterlegt oder aus Dankbarkeit zum Andenken gegeben, ob werthvolle Papiere, auf Inhaber lautend, ein Geschenk von Hand zu Hand, blos deponirt oder wirklich verkauft seien, sind die Gerichte völlig unbesorgt, ihr Gewissen mit einer

treffenden Wahl zu beschweren, die meistens so natürlich ist, daß sie dem gesunden Verstande von selbst einleuchtet. (Anh. I. Nr. 157 bis 165.) Hieraus ergibt sich wieder eine Modification für den Art. 1356 C. N., wonach das Geständniß gegen den Bekennenden nicht getheilt werden darf; widerlegen die Umstände seine beigefügte Einrede hinlänglich, so muß dieselbe als unwahrscheinlich zurücktreten, wie bereits oben im II. Abschnitte bemerkt wurde. Vor Allem bei solchen Verträgen, deren wahre Anlässe aus einer erlaubten und einer hinfälligen Causa zusammenflossen, thut es Noth, das richtige Verhältniß hiefür durch eine Ausscheidung zu fixiren, die nirgends als in dem billigen Ermessen und der gewissenhaften Ueberzeugung der Richter einen wenigstens annäherungsweise leitenden Richtungspunkt zu finden vermag. (Anh. I. Nr. 177, 325.)

Aber auch bei der blosen Auslegung der ernstgemeinten Verträge sind die zu Hilfe genommenen Anhaltspunkte so natürlich, daß sie kaum einer langen Vertheidigung bedürfen. Ist ein Vertrag durch seine häufige Wiederkehr so regelmäßig ausgeprägt, daß er beinahe stereotyp geworden, so wird er natürlich nach jener gleichförmigen Uebung ausgelegt. (Anh. I. Nr. 54, 56.) Auch das bayer. LR. IV. 9 §. 15 Nr. 6 hat einen kündigen Gebrauch unter den Interpretationsquellen der Verträge aufgezählt, welcher natürlich hier von einem wahren Herkommen oder Gewohnheitsrechte als einer ausgebildeten Rechtsregel weit verschieden ist. In diese Klasse gehören beinahe alle Handelsgeschäfte, überdies der Verlagsvertrag, das Engagement eines Künstlers, der Lieferungsvertrag auf Zeit als ein verbotenes Spiel mit den öffentlichen Creditpapieren. Haben die Theile bereits vorher ähnliche Geschäfte miteinander gemacht, so dient deren Inhalt zur natürlichen Erläuterung dessen, was auch bei dem folgenden ihre wahre Absicht gewesen. (Anh. I. Nr. 43, 54.) Die Lehre von der relocatio tacita nach gemeinem wie nach bayer. Landrechte (IV. 6 §. 19) bietet hiefür einen nächst verwandten Fall dar. Ist aus Anlaß eines Vertrages bereits ein Anfang seines Vollzuges eingetreten, der beiden Theilen genehm war, so wird dieser festgehalten, indem der Vertrag seine ergänzende Auslegung von selbst in der übereinstimmenden Bethätigung beider Theile findet[33]). Auch hiefür läßt sich die Analogie einiger Stellen des

33) Otto Bähr bemerkt in seiner Abhandlung über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 182: Die interpretative Kraft der Anerkennung scheitert oftmals an der subjektiven Abneigung unseres Juristenstandes, rein menschlichen Momenten in seinen Erwägungen Rechnung zu tragen.

röm. Rechtes in Bezug nehmen. Das fr. 13 §. 1 de serv. praed. rust. (8, 3) verordnet: et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit; ... *igitur arbiter dandus est,* qui utroque casu viam determinare debet. Die C. 5 fam. ercisc. (3, 36) erlaubt dem arbiter fam. ercisc. judicio datus, einen später aus den Umständen ersichtlichen Willen des Erblassers dem in seinem Testamente ausgesprochenen vorzuziehen und die C. 15 eod. ermächtiget ihn, die Theile zu machen, um die Gemeinschaft unter zwei Miterben aufzuheben. Das wohlthätige und unentbehrliche Amt eines solchen Schiedsrichters betrachten die französischen Richter als Ausfluß ihrer Gerichtsbarkeit sich selbst auch als mit beigelegt; ihre deutschen Collegen geben sich lieber der Meinung hin, das Gebiet sei ihnen verschlossen, einem Vertrage durch Zusätze und Folgerungen erst eine nähere Entwicklung zu geben. Sie negiren daher das Vermißte und erblicken in der Beweisauflage das einzige Mittel, um aus dieser Unsicherheit herauszukommen, welche dann zum Gebrauche eines bedeutungslosen Eides hinüberführt.

3) Den natürlichen Gegensatz zu den stillschweigenden Klauseln eines Vertrages bildet gewissermaßen die mündliche Nebenabrede, eine Uebereinkunft über Punkte, die in dem schriftlichen Hauptvertrage keine Aufnahme fanden, aber entweder zu gleicher Zeit oder auch später zur Ergänzung sollen ausgemacht worden sein. Mehrere Gesetzgebungen, wie insbesondere das preuß. LR. I. 5 §§. 127, 128 und der Code Nap. Art. 1341 haben bekanntlich, und zwar mit vollem Rechte den mündlichen Nebenabreden jede Wirkung versagt, und insoferne können sie hier nur im Vorübergehen berührt werden. Das gemeine Recht und mit ihm das bayer. LR. kennen eine solche Beschränkung nicht, lassen aber eine andere zu, die gewiß schon tief in der Natur der Sache liegt, in der Wirklichkeit aber vernachlässiget wird. Wenn eine mündliche Nebenabrede jünger ist als ein schriftlicher Vertrag, so ist an sich, abgesehen von positiven Vorschriften gegen ihre Gültigkeit nichts zu erinnern. Wenn aber zwei Parteien entweder freiwillig oder in Folge gesetzlicher Vorschrift einen Vertrag, vor Allem einen Kauf- oder Tauschhandel schriftlich errichtet haben, wenn eine Urkunde als der endgültige Abdruck der beiderseitigen Zustimmung darüber ausgefertiget wurde oder werden mußte, so hat diese gewiß die dringende Vermuthung und man kann wohl sagen die Rechtsvermuthung für sich, die Summe alles Dessen zu enthalten, was in Bezug auf die fragliche Sache unter den Theilen als der zu gewährleistende und äußerlich

auch verfolgbare Gegenstand ihrer Uebereinkunft fest verabredet wurde, insolange sich nicht ein beiderseits erklärbarer Beweggrund für ein Stillschweigen über weitere Punkte darbietet. Besteht daher eine ältere mündliche Abrede oder selbst ein Aufsatz, eine schriftliche Punktation des Vertrages, so steht ihr selbstverständlich die Vermuthung entgegen, in der schriftlichen Errichtung wieder aufgegangen und durch beiderseitiges Einverständniß abgeändert oder erlassen worden zu sein. Denn warum wäre sie außerdem nicht mit übertragen und aufgenommen worden? Vgl. I. 5 §. 265 des preuß. LR. Soll aber zu gleicher Zeit neben dem schriftlichen Vertrage noch etwas versprochen, eine Dareingabe, eine Nebenleistung zugesichert worden sein, so ist hievon ebenso gewiß annehmbar, daß es nur eine unverbindliche Zusage, eine widerrufliche Verheißung, eine ruhmredige Anpreisung des einen Theiles ohne feste Bestrickung seines Willens, die Ankündigung eines schmeichelnden Vorhabens gewesen sei, von dem er nach Umständen wieder abgehen konnte, mit einem Worte, daß hiemit keine ernstgemeinte und äußerlich wirksame Verpflichtung, sondern nur ein moralischer Antrieb zum Worthalten von sich gegeben und begründet werden sollte[34]). Unter diesen Gesichtspunkt sollten die mündlichen Nebenabreden schon nach dem jetzigen Zustande des gemeinen Rechtes gebracht werden, von diesem aus beurtheilt, würden die meisten gewiß einer gründlichen Prüfung nicht Stand zu halten vermögen[35]). Statt dessen finden wir in der Praxis die mündlichen Nebenabreden in voller Blüthe und in kräftigem Ansehen stehen. Der bedenkliche Grundsatz, daß selbst eine öffentliche Urkunde nur mit Vorbehalt des Gegenbeweises eine volle Probe mache, führt zu der Erscheinung hin, daß durch

34) Dieser Gedanke ist richtig erfaßt und ausgeprägt in dem österr. Civil-Gesetzbuche. Obwohl nämlich hier der §. 883 die mündlichen Verträge bis zu jedem Belaufe als kräftig gelten läßt, so versagt dennoch der §. 887 den mündlichen Nebenabreden zu einem schriftlichen Vertrage jede Wirkung.

35) Ein Beispiel zur Erläuterung. Durch schriftlichen Vertrag war eine Forderung um einen billigen Preis cedirt worden, später ging sie indessen verloren. Der Cessionar behauptete nun, der Cedent habe ihm pro nomine bono gehaftet, der letztere wollte die Forderung nur als gut angepriesen, aber keine Haftung übernommen haben. Der erstere wurde zum Beweise über die mündliche Nebenabrede zugelassen, führte ihn durch seine Gattin und einen ziemlich verdächtigen Unterhändler und wurde nun zu einem Erfüllungseide zugelassen, der offenbar für ihn nur den Sinn hatte, daß er in Folge der Versicherungen seines Gegners an die Güte der Forderung geglaubt habe. Der billige Ankaufspreis widersetzte sich überdies noch der Haftung pro nomine bono. (RNr. 1157, 54/55.)

einige zweideutige Zeugen und einen Erfüllungseid fast das gerade Widerspiel von demjenigen dargethan werden kann, was noch so fest mit Siegel und Brief bekräftiget zu sein schien.

4) Unter den stillschweigenden Bedingnissen der Verträge verdient eine besondere Aufmerksamkeit die Clausula rebus sic stantibus; eben deshalb, weil sie ein stillschweigendes Compromiß auf die Fortdauer derselben Umstände vorstellt, kann sie auch nicht wohl anders als aus eben diesen Umständen beurtheilt werden. Die gemeinrechtlichen Quellen haben verschiedene Hinweisungen gegeben, wonach die noch verborgenen Eventualitäten der Entwicklung eines Rechtsverhältnisses ihre spätere Auflösung von den Umständen des Falles anzunehmen bestimmt sind. Die exceptio non adimpleti contractus hat bekanntlich eine doppelte Wirkung, entweder die ganze Gegenleistung zurückhalten zu dürfen, oder bei Nebendingen nur zum Abzuge oder zur Forderung einer Entschädigung zu berechtigen (Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 235). Wo liegt nun die Gränzlinie zwischen beiden Fällen? In einer freien Auffassung der Umstände[36]). Nach dem bayer. LR. IV. 1 §. 25 ad 2 hat im Falle eines dolus dans causam contractui der Beschädigte die Wahl, den Contrakt umzustoßen oder dabei zu beharren und nur Abthuung des Schadens zu begehren, wogegen in dolo mere incidente, welcher so beschaffen ist, daß der Contrakt im Hauptwerke nichts desto weniger seinen Fortgang genommen hätte, nur praestatio doli gefordert werden kann. Gibt es wohl einen bestimmteren Fall der auferlegten Scrutation in den geheimen Beweggründen eines Käufers, als denjenigen, welchen diese Unterscheidung bezeichnet? Auch der Irrthum soll nach derselben Stelle ad 3 nur insoferne zur Annullirung eines Vertrages berechtigen, als er sich im Hauptwerke ereignet, indem blose Nebendinge diesfalls nichts zur Sache thun. Wer sagt uns bei einem weitverzweigten Gesellschaftsvertrage, was für den irrenden Gesellschafter das Hauptwerk und was blos ein Nebending gewesen? Ganz derselbe Fall tritt auch nach LR. IV. 3 §. 24 Nr. 1 bei der actio redhibitoria ein, welche statt findet, wenn der Mangel der erkauften Sache so beschaffen ist, daß, wenn solcher gleich Anfangs bekannt

36) Der Käufer eines großen Bräuanwesens konnte den Kaufschilling nicht bezahlen, wurde deshalb verklagt, und schützte nun die exceptio non adimpleti contr. vor, weil ihm an einem großen Acker von 30 Tagwerken ein Drittel Tagwerk von der angegebenen Größe fehle. Beide Vorinstanzen ließen wirklich diese Einrede als erheblich zu. (RNr. 513, 54/55.)

gewesen, man sich allem Anscheine nach auf den Kauf nicht eingelassen hätte. Welch' ein Richter kann sich hienach mit gutem Gewissen der Pflicht entziehen, sich auf das Errathen zu verlegen, was der Käufer gethan hätte, wenn er gleich Anfangs klar gesehen? Welcher kann ihm hierüber vorerst den Reinigungseid abverlangen, wenn er selbst damals an den ganzen Fall gar nicht dachte? Jedermann weiß, daß jene Vorschriften größtentheils aus dem gemeinen Rechte entnommen sind und damit übereinstimmen. Nach fr. 135 §. 2 de V. O. (45, 1) soll der einfache Saumsal in Erfüllung eines Vertrages denselben noch nicht aufheben, insoferne nicht das ganze Interesse des Promissars sich in der rechtzeitigen Ablieferung concentrirte, — si non... mulieris quidquam propter eam moram interesset; *quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.* Wo ist hier die rechte Gränzlinie für die Beurtheilung der wahren Absichten zu suchen? In all' diesen Fällen findet sich also die deutsche Urtheilsschöpfung bereits vollständig auf die Herrschaft der Umstände hingewiesen.

Die clausula rebus sic stantibus ist in der Theorie des franz. Rechtes unbekannt, in der Praxis aber den Gerichten dennoch geläufig, weil sie nichts als eine stillschweigende Bedingniß ist, die Ergründung der letzteren aber nach den oben gegebenen Bemerkungen dem billigen Ermessen der Gerichte überlassen ist. Es versteht sich dabei von selbst, daß der Nichteintritt der erwarteten Vortheile allein einen Vertrag noch nicht zu erschüttern vermag, daß ein Abgang von übernommenen Verpflichtungen vielmehr nur in dem Falle erlaubt wird, wenn die Veränderung der als regelmäßig unterstellten Umstände von dem anderen Theile schuldhaft herbeigeführt ist oder doch in einem Punkte eintritt, welchen dieser zu vertreten hat. (Anh. I. Nr. 57, 167.) Das franz. Recht hat für den unerwarteten Ausfall gewisser Unterstellungen sogar eine eigene Rescissionsklage zur Wiederauflösung von Verträgen geschaffen, unter dem Namen einer action en résiliation, welche sehr zweckmäßig eine fühlbare Lücke des deutschen Rechtes ausfüllt. Das letztere gewährt bei Dienstbarkeiten wohl die actio negatoria, für abgeschlossene Verträge dagegen keine ähnliche Rechtshilfe, wodurch der eine Theil seine Entbindung von der eingegangenen Verpflichtung wieder aufheben könnte; denn die Nullitätsklage hat nur den wesentlich verschiedenen Fall zum Gegenstande, wenn ein Rechtsgeschäft gleich Anfangs nichtig war. Um Einreden dawider geltend zu machen, stehen nur zwei Provocationsklagen offen, welche jedoch an be-

stimmte und enge Voraussetzungen gebunden sind. Das franz. Recht, von einer richtigen Würdigung ausgehend, von welchem Interesse es für Jemand sein könne, sich einer gewissen Verbindlichkeit entlassen zu sehen, statt im eintretenden Falle mittels einer Art Selbsthilfe erst deren Erfüllung verweigern zu müssen, hat das Prinzip der Negatorienklage in das Obligationenrecht übertragen und hier eine Klage auf Loszählung gegeben, welche die Provocationen vollständig ersetzt und im Grunde selbst eine provocatio ex lege si contendat ist, nur ohne die Voraussetzung, daß die vorgeschobene Einrede durch längeres Warten mit Verlust bedroht sei. In den Gesetzen selbst ist diese Resiliationsklage nur für einzelne Fälle eröffnet; die Jurisprudenz hat aber dieselbe erweitert und so ziemlich auf alle Fälle einer statthaften Einrede gegen jede Verbindlichkeit aus einem Vertrage erstreckt. Die gesetzlichen Fälle derselben sind folgende:

a) Nach Art. 1144 C. N. kann derjenige, gegen welchen eine obligatio in faciendo unerfüllt bleibt, sich gerichtlich ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten seines Schuldners zu veranstalten. Die natürliche Klage hiezu besteht in dem Antrage auf Resiliation von dem Rechtsgeschäfte, aus welchem die Verbindlichkeit erwachsen ist, mit der Folge, daß der Saumselige alle Kosten seiner Weigerung zu tragen hat. (Anh. I. Nr. 124.)

b) Nach Art. 1184 C. N. ist eine Resolutivbedingniß allen zweiseitigen Verträgen immer als selbstverständlich auf den Fall einverleibt, daß der eine Theil seine Verbindlichkeit zur rechten Zeit nicht erfüllt; hiezu gehört natürlich auch der andere Fall eines ungenügenden Vollzuges; nur muß die Wiederauflösung vor Gericht verlangt und von diesem erst dem Beklagten eine Frist zur Nachholung vorgesteckt werden. Die exceptio non adimpleti oder non rite adimpleti contractus gibt daher, wenn grundhaltig dargelegt, eine Klage auf zu verstattenden Rücktritt vom Vertrage, wodurch alle Unsicherheit über dessen rechtlichen Fortbestand und die daraus entspringenden Verpflichtungen leicht gehoben werden können [37]. (Anh. I. Nr. 171—173.)

c) Der allgemeine Grundsatz dieses Artikels findet sich noch auf einige hervorspringende Fälle besonders angewendet; eine durchgreifende Erstreckung desselben zieht aber noch alle Fälle in den Be-

37) In den deutschen Gerichten wird der Satz bestimmt festgehalten: Eine Klage darauf, aus einem Anfangs gültigen Vertrage nicht mehr verbunden zu sein, gibt es außer der Provocation nicht. (RNr. 1811, 53/54 im Urtheile der Vorinstanz.) Vgl. jedoch Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 307; Bd. VI. Nr. 319.

reich der Resiliationsklage, in welchen das deutsche Recht einen dolus dans causam contractui wahrnimmt, das ist, worin der eine Theil durch arglistige Vorspieglungen seinen Gegner an gewisse Vortheile glauben machte, die dann fehlen oder ausbleiben und bei deren Ausfall der letztere seine Zustimmung gewiß nicht ertheilt hätte. Der folgende Punkt wird hierauf näher zurückkommen. (Anh. I. Nr. 168, 170, 327.)

d) Eine besondere Anwendung von dem Prinzipe der Resiliation machen die Art. 1636 u. 1638 C. N. auf die Evictionsklage; wird nur ein Theil der erkauften Sache entwährt, der jedoch im Verhältnisse zum Ganzen so bedeutend ist, daß der Käufer wegen dieses Ausfalles die Sache nicht gekauft haben würde, so kann er sich die Verstattung des Rücktrittes vom ganzen Vertrage erwirken — faire résilier; dasselbe findet statt, wenn ein erkauftes Grundstück in dem Maaße mit geheimen Dienstbarkeiten belastet ist, daß dieselben vermuthen lassen, der Käufer hätte, wenn er sie Anfangs gekannt, den Handel nicht abgeschlossen.

e) Der Käufer einer Leibrente kann den Vertrag wieder aufheben lassen, wenn ihm wegen ihrer Fortentrichtung nicht die gehörige Sicherheit geleistet wird. Art. 1977 C. N.

f) Geht im Laufe eines Mieth- oder Pachtvertrages die gemiethete Sache durch Zufall theilweise zu Grund, so kann nach Lage der Umstände der Miethsmann oder Pächter entweder die Enthebung von dem ganzen Vertrage oder eine verhältnißmäßige Minderung des Zinses erwirken. Art. 1722 C. N. Eine gleiche Folge tritt ein, wenn Ausbesserungen an den Gebäuden nöthig werden, welche dem Miethsmann die Bewohnung unmöglich machen. Art. 1724. (Anh. I. Nr. 61, 276.)

g) Wenn der Miethsmann die Sache zu einem anderen Zweck verwendet, als wozu sie ursprünglich bestimmt schien, so kann der Vermiether nach Gestalt der Umstände die Miethe wieder aufrufen, — faire résilier. Art. 1729. Dieselbe Regel gilt von Landpachtungen, wenn das Gut durch unwirthschaftliche Behandlung dem Verfalle oder einer Minderung seines Werthes ausgesetzt wird. Art. 1766. Wie ließe sich in all' diesen Fällen, was nach Lage der Umstände am ersten zu vermuthen ist, anders feststellen, als dadurch, daß sich die Einbildungskraft der Richter ganz in die Lage der beschwerten Partei hineindenkt und mit sich darüber einig wird, was wohl diese gethan, wenn ihr ein Vorblick in die spätere Zukunft offen gestanden?

Mehrere dieser Fälle sind zwar auch im deutschen Rechte übereinstimmend entschieden; allein bei der formalistischen und maaßlos breiten Behandlung solcher Umstände, z. B. eines Mißbrauches der gemietheten Sache, bei ihrem unvermeidlichen Durchgange durch eine Beweisauflage und die Führung eines ordentlichen Beweises ist ein fruchtbares Ergebniß nie oder doch nicht eher zu erzielen als bis die ganze Mieth- oder Pachtzeit abgelaufen ist. Auf einen muthmaaßlichen Anschlag, ob Jemand wegen des Ausbleibens gewisser erwarteter Vortheile einen Vertrag gar nicht eingegangen hätte, wird sich aber die deutsche Rechtssprechung gewiß in keinem Falle einlassen.

5) Eine besondere Betrachtung verdienten noch die Arglist und der Betrug; im weitesten Sinne ist jeder böse Glauben dahin zu rechnen, als die geheime Kenntniß gewisser Beziehungen, welche in ihrer Ausbeutung zu eigenem Vortheile eine unlautere Absicht kund gibt. Das bayer. Landrecht IV. 1 §. 25 im Eingange macht die treffende Bemerkung, nichts sei dem freien Willen mehr entgegen als Betrug und Irrthum; die C. 6 de dolo malo (2, 21) kömmt ihrer praktischen Geltung mit dem ganz natürlichen Satze zu Hilfe: dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. Auch die bayer. GO. K. XIX. §. 19 Nr. 2 hat wenigstens von einem Falle der Hinterlist und Gefährde, der häufig vorkömmt, von der actio pauliana nämlich zugegeben, es genüge, wenn deren Unterlaufen aus den Umständen erscheine, und ihr klassischer Commentator hat mit Bezug auf Lauterbach die Bemerkung hinzugefügt: Sufficiunt enim indicia et conjecturae. Hier wäre also der Beweis aus Anzeigungen für vollkommen legitim erklärt [38]).

Das franz. Civilgesetzbuch hat im Art. 1109 eine Zustimmung, welche im Irrthume gegeben oder durch Betrug erschlichen wird, gleichfalls für unkräftig erklärt, und im Art. 1116 die gebrauchte Arglist als einen Grund der Nichtigkeit für Verträge in der Voraussetzung aufgestellt, daß die Kunstgriffe, welche die eine Partei gegen die andere in Anwendung brachte, von solcher Beschaffenheit seien, daß augenscheinlich daraus hervorleuchte — qu'il est évident —, ohne dieselben würde die letztere den Vertrag nicht eingegangen haben. Nur soll nach Art. 1117 der Betrug, gleichwie auch der Zwang einen Vertrag nicht von Rechtswegen mit der

38) Der oberste Gerichtshof in M. hat in mehreren Erkenntnissen eine alienatio in fraud. credit. durch Anzeigungen für vollständig erwiesen angenommen. RNr. 507 u. 1464, $^{53}/_{54}$; Nr. 335, $^{56}/_{57}$.

Nullität behaften, sondern nur eine Klage auf Nullität oder Rescission geben. Hiemit war also der Grundsatz der angeführten C. 6 de dolo malo von selbst mit aufgenommen; der Art. 1353 hat jedoch dieser Lehre eine noch bestimmtere Entwicklung gegeben, indem hienach gemeine Vermuthungen, obwohl zum Beweise eines Vertrages an sich unstatthaft, dennoch in dem Falle als Beweismittel wieder zugelassen sind, wo eine Vertrags- oder andere Urkunde, also auch eine letztwillige Verfügung wegen Betrugs oder Arglist angefochten werden, — pour cause de fraude et de dol.

Im treuen Verfolge dieser Anleitung entfalten die franz. Gerichte eine feine Wahrnehmungsgabe, geheime Umtriebe auszuwittern und die Intrigue zu vereiteln, einen lebendigen Eifer, hinterlistige Kunstgriffe — manoeuvres frauduleuses — zu entlarven und zum Scheitern zu bringen, ein Gewebe von Lüge und Trug zu zerreißen und mit der Vernichtung zu bestrafen. Was ihnen dabei am meisten zu Hilfe kömmt, ist die Freiheit, aus der mündlichen Verhandlung der Sache ihre Ansicht unmittelbar zu schöpfen, das Glaubwürdige gelten zu lassen, das Unwahrscheinliche zurückzuweisen, von zwei abweichenden Erzählungen diejenige vorzuziehen, welche die annehmbarste ist und die gründliche Darlegung der Sache als Beweisgrund für ihre Wahrheit in Anschlag zu bringen.

Unter den Fällen der mala fides und der unlauteren Einflüsse auf einen Willensakt, welche die Vernichtung zur Folge haben, steht oben an die Erschleichung eines letzten Willens durch falsche Vorspieglungen und ungestümes Anliegen — par suggestion et captation. Der Art. 901 C. N. gibt hierüber mehr nicht als folgende kurze Regel: Um eine Schenkung unter Lebenden oder einen letzten Willen zu errichten, muß man gesunden Verstandes sein. Der Entwurf hatte einen weiteren Artikel über den Beweis jener Erschleichung in sich aufgenommen; derselbe wurde jedoch bei der Abfassung unterdrückt. Der Redner des Staatsrathes äußerte hiebei im gesetzgebenden Körper: „Die Umstände können von der Art sein, daß der Wille des Testators nicht frei war oder daß derselbe gänzlich von einer ungerechten Leidenschaft beherrscht wurde. Allein die Weisheit der Gerichte ist allein im Stande, diese Umstände gehörig zu würdigen und zwischen dem einer förmlichen Urkunde schuldigen Glauben und dem Interesse der Familien die Waage zu halten." In dieser Waage erblicken wir das ganze Geheimniß vor Augen, welches den Beweis durch Vermuthungen im franz. Civilprozesse belebt und im frischen Umschwunge erhält. Der Cassationshof

hat nicht lange darauf entschieden, daß Vorspieglungen und Zudringlichkeiten nur insoferne einen Grund zur Vernichtung eines Testamentes darbieten, als dergleichen Umtriebe auch mit Arglist und Betrug behaftet sind und darauf abzielten, den Erblasser zu täuschen, die Freiheit seines Willens aufzuheben [39]). Die Fälle des I. Anhanges Nr. 77, 79, 188—193 lassen ersehen, in welcher Weise die franz. Gerichte in dergleichen Fällen die Probe aus Vermuthungen und Umständen behandeln.

Die Betrügereien an Miterben, an Notherben zur Schmälerung des Pflichttheiles, an Erbschafts- oder Concursgläubigern bilden eine zweite und nächst verwandte Klasse der arglistigen Kunstgriffe. Der Art. 1167 C. N. verordnet in dieser Beziehung ganz allgemein: Die Gläubiger können in ihrem eigenen Namen solche Handlungen ihres Schuldners anfechten, welche derselbe hinterlistiger Weise zu ihrem Nachtheile vornahm. Hierunter sind natürlich vor Allem fingirte Verkäufe und Cessionen zu verstehen; der Art. 1328, welcher von Privaturkunden, um gegen einen Dritten wirksam zu sein, ein sicheres Datum verlangt, hat diese Vorschrift gewissermaaßen ergänzt und deren praktische Ausführung gesichert. (Anh. I. Nr. 179—183.)

In Fallimentsfällen fixirt das Handelsgericht den oft weit rückwärts gelegenen Tag, an welchem ein Kaufmann seine Zahlungen einstellte, mit Rücksicht auf alle Umstände und annehmbaren Beweggründe, weil von dort an in den letzten zehn Tagen noch weiter zurückgerechnet alle seine Verträge schon in Kraft einer Rechtsvermuthung als nicht mehr redlich gemeint dem Widerrufe der Gläubiger unterliegen. (Anh. I. Nr. 184.) Wenn es darauf ankömmt, ob und von welcher Zeit an eine Person die verläugnete Kenntniß von einem Ereignisse erlangte, z. B. bei der Verjährung von Injurienklagen, bei Restitutionsgesuchen oder der fränkischen reclamatio uxoria, so legen die deutschen Gerichte immer den Beweis hierüber auf [40]); die französischen fixiren jene Mitwissenschaft gleichwie die Zeit ihres Anbeginnes frei nach den Umständen des Falles. (Anh. I. Nr. 182, 203.) Wie viele Interventionen der Eheweiber, die wir überall im Wege finden, so bald es zur Aus-

39) Pailliet, Manuel du droit français, zu Art. 901 C. N. Note 2.

40) Seuffert's Archiv, Bd. IX. Nr. 356. Der oberste Gerichtshof in München dagegen stellte aus den Umständen des Falles fest, daß und zu welcher Zeit ein Gläubiger, der sich kurz vor ausgebrochenem Concurse neue Deckungen von seinem Schuldner geben ließ, dessen Zahlungsunfähigkeit gekannt habe. (Bl. f. RA. Bd. XXI. S. 168.)

pfändung kömmt, würden nicht aus diesem Grunde allein schon nach dem ersten Aushauche zusammensinken, weil es für Jedermann klar ist, daß die Frau um den Prozeß des Mannes aus seinen häuslichen Mittheilungen gleich anfangs wußte, ihr Interesse auch wohl kannte, und jetzt nur darauf ausgeht, durch einen unredlichen Kunstgriff das beste Recht des Gläubigers zu vereiteln? Mit der freien Erhebung ihres Blickes über die ganze Lage und Verkettung einer Sache führen die Gerichte in Frankreich eine strenge und fruchtbare Aufsicht über die heimlichen Schleichwege und verschlagenen Seitensprünge, mittels welcher der ehrliche Gläubiger kurz vor dem Ziele um seine Forderung betrogen wird oder noch gebracht werden soll. Die deutschen Gerichte sind im Vergleiche hiemit weit verzagter, weniger energisch und jedenfalls nicht daran gewöhnt, sich den Eindrücken zu überlassen, welchen die Umstände des Falles bei Fiktion und Simulation, bei unlauteren Absichten und fein ausgesponnenen Kunststücken, so laut sie auch immer sprechen mögen, auf ihre Ueberzeugung hervorbringen. Namentlich in den so häufigen Fällen der alienatio in fraudem creditorum entschließen sie sich nur schwer, im Verfolge jener Richtung Zurückgaben zu verordnen, welche meistens sehr spät einen bereits überwachsenen Besitzstand wieder zu verändern drohen. Sie lassen hiebei lieber das Privatinteresse ruhig walten, schieben die Schuld seines Verlustes auf das Vertrauen des Kurzsichtigen, der sich hinter's Licht führen ließ und hegen eine zu große Achtung vor der einmal vollendeten Thatsache, in dem bekannten Sprichworte ihre Beruhigung suchend: beati possidentes.

6) Wenden wir uns von dem idealen Elemente in dem Leben der Rechtsgeschäfte hinüber zu dem materiellen, zu dem Bestande der Leistungen, zu dem Umfange der Erfüllung auf der einen oder dem Vermissen auf der anderen Seite, so findet sich auch hier wieder ein um nichts engeres Feld für die Herrschaft der Umstände und die Conjecturalprobe gegeben. Gleichwie dort das id quod actum, ebenso muß hier dasjenige, was gegeben oder entrichtet wurde, quod factum est, zu einer möglichsten Bestimmtheit gebracht, durch eine Ermittlung auf feste Zahlenverhältnisse erhoben werden; die höchste Wahrscheinlichkeit, auf dem offenen Wege einer gemeinen Erfahrung des Lebens eingesogen, fällt auch hier mit der juristischen Gewißheit in Eines zusammen, weil die letztere keine Quelle der Erkenntniß verschmähen darf, woraus die erstere zu schöpfen im Stande ist. Vor Allem sind es hier die zweiseitigen

Verträge, welche auf den Umtausch eines gleichen oder sich zunächst kommenden Werthes hinauslaufen, contrats synallagmatiques genannt, in denen sich häufig die Schwierigkeit findet, ob die Leistung und die Gegenleistung wirklich in dieser erschöpfenden und sich ausgleichenden Wechselbeziehung zu einander stehen, auf welcher Seite die Waagschale hinabsinkt, was gegeben und was zurückbehalten wurde, und ob ein hiebei zum Vorschein kommendes Mißverhältniß, welches häufig den zu spät zur tieferen Einsicht erwachenden Theil zur Reue mit fortzieht, wirklich in einem Irrthume oder Betruge, oder sonstigen Fehlern der Willenshandlung, oder nur in einem ungünstigen Ausfalle, den er seinem Mangel an Wachsamkeit und der Verblendung seiner Begierde zuzuschreiben hat, seinen wahren Grund und seine beste Erklärungsweise finde. Sind die Thatsachen beurkundet, so findet sich freilich eine für den ersten Eindruck glaubwürdige Grundlage gegeben; was ist aber alsdann wahr von dem Inhalte der Urkunde selbst und was daran erdichtet? Wie viel hat der Schuldner von seiner verschriebenen Schuldsumme wirklich bezahlt erhalten und was ist ihm abgezogen worden, nicht durch Betrug, sondern von dem Wucher, mit seiner unbesonnenen Einwilligung, blos als Mittel, sich aus seiner Geldklemme herauszuhelfen und als Preis des gegebenen Credites? Das gemeinrechtliche Mittel, dem Schuldscheine zwei Jahre lang gar nicht zu glauben, dann aber volle Beweiskraft beizulegen, ist gewiß ein höchst willkührlicher und unsicherer Nothbehelf; darum hat auch das preuß. LR. I., 11 §. 738 jene Frist bedingnißweise auf 38 Tage herabgesetzt. Nur der freie Ueberblick der Umstände, der wechselseitigen Lage der Theile kann zur Gewißheit oder doch zur höchsten Wahrscheinlichkeit hingeleiten, wie hoch die Valuta, das wahrhaftige tantundem einer ausgestellten Schuldverschreibung sich belaufen habe, und wie viel der Wucher hinzuzusetzen, die Ueberlistung vorne hinweg zu ziehen gegen Recht und Gesetz sich erlaubten. (Anh. I. Nr. 45, 46, 48, 177, 178.) Ist ein Schuldschein ausgestellt, um eine Schenkung zu verkleiden, so ist er darum noch keineswegs nichtig; liegt aber der letzteren ein ungerechter Titel, eine causa turpis, eine Absicht, den Notherben zu verkürzen, zu Grunde, so kann er es werden; wie ließe sich aber, was von beiden der Fall sei, auf andere Weise als aus den Umständen ergründen? (Anh. I. Nr. 156.) Ein Rechtsgeschäft, und insbesondere eine verschriebene Schuld kann bekanntlich auch aus verschiedenen Anlässen und Titeln zusammengesetzt sein; geliehenes Geld, ein versprochenes Geschenk und die reiche Belohnung unerlaubter

Gefälligkeiten verleiten so häufig junge Leute in ihrem Zusammentreffen, Haftscheine oder Wechsel über große Summen auszustellen, von denen sie einiges, aber nur weniges empfingen und vielleicht wenig mehr als das Empfangene ernstlich schuldig sind, das meiste aber ihrem Leichtsinne durch zudringlichen Mißbrauch ihrer Schwäche abgepreßt oder der Verblendung ihrer Leidenschaft entlockt wurde; wo liegt hier die rechte Mitte verborgen? Wie läßt sich in solchen Fällen von einem Eide nur zum kleinsten Theile ein glaubwürdiger Aufschluß erwarten? Nur ein Billigkeitsurtheil kann und muß hier in die Linie der Rechtsprechung einrücken. Das richterliche Ermessen der Gerichte in Frankreich, das Ermäßigungsrecht der Richter weiß alle Schwierigkeiten zu ebnen und ist nicht verlegen, auch hier seinen Ausspruch zu geben. Gerade die Wahrheit zu treffen, die in keines Menschen wirklicher Kenntniß, auch meistens in derjenigen der Parteien nicht mehr verborgen liegt, wäre offenbar zuviel verlangt; aber das Wahrscheinlichste aufzustellen, das Billigmäßige, was allen Anschein für sich hat, auszusprechen, ist immer noch ein gerechtes Urtheil, und in allen Fällen noch weit besser als gar keines, oder, was fast noch schlimmer ist, als ein Urtheil auf den Eid der einen Partei, welches die vollständige Versagung und Negation aller richterlichen Urtheilsschöpfung stillschweigend in sich begreift. (Anh. I. Nr. 157—161, 325.)

Vor Allem dergleichen zusammengesetzte Verpflichtungsgründe und ineinander geflossene Rechtstitel sind es daher, an denen sich der Scharfblick der Richter am besten erproben, ihr feiner Takt gleichwie ihr Billigkeitsgefühl in dem natürlichen Durchgreifen mit der Entscheidung ein unbestreitbares Verdienst erwerben können. Aber auch ganz einfache Rechtstitel können zu derselben Nothwendigkeit hinführen, die Größe einer Schuld frei zu arbitriren. Setzen wir den Fall, es habe Jemand viele Jahre über einen armen Knaben mit Geld zum Studiren unterstützt, noch unschlüssig, ob schenkungsweise oder mit dem Vorbehalte der Zurückforderung; keiner von beiden Theilen weiß, wie viel er gegeben oder was er empfangen; der Undank des Empfängers und eigenes Verarmen nöthiget am Ende den großmüthigen Geber zur Zurückforderung, die Absicht zu schenken ist nicht erweislich, der Fall, bei erwiesener Substantia debiti den Gläubiger zum Quantitätseide zuzulassen, nach bayer LR. auch nicht gegeben, weil der Schuldner den Empfang der Unterstützungen überhaupt nirgends böswillig abgeläugnet hat; wer soll nun die allmählig herangewachsene Größe des Darlehens auf ein Gewisses

festsetzen, wo liegt der rechte Maaßstab hiefür? Offenbar nur in dem richterlichen Ermessen nach den Urkunden und Umständen des Falles, nach dem Belaufe der gewöhnlichen Geldsendungen, der Zeit ihrer Fortdauer, dem Bedarfe des Empfängers, der Leistungsfähigkeit des Gebers, im Zweifel mehr gegen die Angaben des letzteren gegriffen, weil er es unterließ, sich mit den nöthigen Beweismitteln zur Zurückforderung zu versehen, mithin sein volles Vertrauen auf die Ehrlichkeit seines Schützlings setzte. Einen besseren oder verlässigeren Maaßstab gibt es nicht; soll aber dieser bei Seite gelegt werden, um nur einem leichtfertigen und nichts bedeutenden Eide das Feld zu einer juristischen Entscheidung zu räumen? [41]).

7) Die vorstehenden Bemerkungen führen beinahe von selbst auf die Feststellung der Anschläge hin. Beim Kaufe ist bekanntlich eines der wesentlichen Erfordernisse ein wahrer und gerechter Kaufpreis; die übermäßige Verletzung, durch sein Mißverhältniß zugegangen, gibt eine Klage auf Wiederaufhebung des Kaufes; bei geheimen Fehlern, der Eviction eines Theiles der erkauften Sache, gleichwie beim dolus incidens und der actio quanti minoris muß in Geld angeschlagen werden, um wie viel die Sache weniger werth gewesen oder noch sei, als um den sie gekauft wurde. Bei erzwungenen Abtretungen des Privateigenthumes zu öffentlichen Zwecken muß gleich von vorne herein der ganze wahre Werth als Kaufpreis durch richterliches Urtheil festgestellt werden; bei vergeltlich geleisteten Diensten ohne zum Voraus bedungenen Lohn, bei geleisteten Alimenten, bei den Früchten, Aufwendungen, Verbesserungen oder Verschlimmerungen einer Sache während eines Nießbrauches, oder während der erste Käufer solche in Händen hat, bis er sie demjenigen herausgibt, der in dem Kauf einsteht, und in hundert anderen Fällen thut es Noth, den wahren Werth einer Sache, einer Arbeit oder sonstigen Leistung vorerst in Geld anzuschlagen. Wer hat diesen Anschlag zu machen? Offenbar das Gericht selbst in seinem Ausspruche; nam ea omnia ad judicis cognitionem pertinent, all' jene Punkte sind ein Bestandtheil und nothwendiger Ausfluß, ein Postulat aller Gerichtsbarkeit, eine Aufgabe des richterlichen Urtheiles. Der §. 30 Inst. de act. (4, 6) sagt ausdrücklich: In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici *ex aequo et bono aestimandi*, quantum

41) In einem ähnlichen Falle wurde bereits vom obersten Gerichtshofe in M. auf ein solches Medium erkannt, betragend den dritten Theil der geforderten Summe. (RNr. 864, 50/51.)

actori restitui debeat. Und wer nimmt jene Schätzungen in unserem jetzigen Verfahren vor? Nur die Sachverständigen allein, manchmal auch Zeugen und Sachverständige, nach Umständen mit Beihilfe eines Erfüllungs-, Reinigungs- oder Quantitätseides, so daß den Gerichten nichts übrig bleibt, als ohne Prüfung und ohne Glauben einer solchen Schöpfung im Unmuthe nur ihr Siegel aufzudrücken. Es gibt in Fällen jener Art wenige Beweisauflagen, in denen nicht vorkömmt, daß eine Sache soviel werth, einer Leistung etwas Gewisses entspreche, daß eine Vergeltung angemessen sei.

Wer nur irgend einmal diesem Zustande ein ernsthaftes Nachdenken zuwendete, der muß zur Einsicht gelangen, wie hoch es an der Zeit sei, der Pflichtvergessenheit der Sachverständigen das Urtheil über die Anschläge und Werthsschätzungen aus den Händen zu winden, von dem sie nach bekannter Erfahrung einen unverantwortlichen und durch nichts mehr in Schranken gehaltenen Mißbrauch machen. Sie überlassen sich ganz getrost ihren Sympathien und schätzen dieselbe Sache, wie Jedermann weiß, ganz verschieden, je nachdem sie glauben, demjenigen, der Vortheil oder Nachtheil von ihrer Operation ziehen soll, ihre Gunst oder Ungunst zuwenden zu sollen. Vor Allem ist aber der öffentliche Schatz in ihren Augen der unerschöpfliche Säckel, in welchen recht tief hinabzugreifen denselben zur wahren Lust gereicht. Die Willkühr hat auf diesem Punkte einen Grad erreicht, der an den Zustand einer partiellen Anarchie zunächst hinstreift. Sind sie selbst in ihren Werthsanschlägen unter sich abweichender Meinung, so ist das einzige und beliebte Mittel, um den Widerspruch zu lösen, die Berechnung der durchschnittlichen Summe, um nur das richterliche Urtheil ohne alle selbstständige Kritik über den seit alter Zeit aufgestellten Stock einer Rechenmaschine schlagen oder seinen Abdruck fertig aus den Walzen eines Prägwerkes hervorziehen zu können.

Es läßt sich genau nachweisen, daß dieses Verfahren den bestehenden Gesetzen zuwiderlaufe [42]). Das Gutachten der Sachverständigen über einen der sinnlichen Wahrnehmung nicht fähigen Gegenstand kann nie zu jener evidentia facti führen, wie der Augenschein etwa über den Punkt, wie hoch eine Mauer, wie breit der Abstand zweier Fenster, oder ob eine Verwundung nothwendig tödtlich sei. Es ist vielmehr nichts Anderes, als ein dem Richter ge-

42) Vergl. die Abhandlung über die Ermittlung der gerichtlichen Werthsanschläge zu Zwangsabtretungen, in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des KR. Bayern. Bd. II., S. 226 ff.

gebener Rath, ein Anhaltspunkt, ein Beweismittel und Beweisgrund, dessen Werth und gültiger Bestand im Vergleiche mit den übrigen Umständen des Falles, mit dem notorischen Güterwerthe einer Gegend, den letzten Ankaufspreisen und was sonst darauf einschlägt, einer lebendigen Controle, Kritik und Berichtigung unterliegt. Die bayer. GO. in K. XII. §. 2 will selbst, wenn die Sachverständigen unter sich uneins sind, daß der am besten und begreiflichsten mit Gründen dargelegten Meinung der Vorzug gegeben werde; die Anmerk. zum bayer. LR. IV, 3. §. 8 Nr. 8 litt. b. erlauben ausdrücklich dem Richter, nach eigener Wahl, den Werth einer Sache „auch sonst nach Gutbedünken zu arbitriren." Ueber den Einfluß der schwächenden Gegenbeweismittel auf das Gutachten der Sachverständigen hat die GO. keine besonderen Vorschriften ertheilt, dieser Punkt bleibt also frei dem richterlichen Ermessen überlassen. Gesetzt nun den Fall, ein in die Linie der Eisenbahn fallendes Grundstück wird auf 300 fl. geschätzt, ein Jahr zuvor wurde es um 100 fl. erworben, zwei Jahre früher wurde ein Acker rechts von derselben Größe um 110 fl., ein anderer links um 120 fl. verkauft und der Besitzer des in Frage stehenden selbst hatte den seinigen kurz vor der Enteignung um 125 fl. feil geboten, aber nur ein Gebot von 110 fl. dafür erhalten, wer kann jener Schätzung unter solchen Umständen noch einen vernünftigen Glauben schenken? Und was könnte uns zurückhalten, den gemeinen und in jener Flurmarkung notorischen Güterwerth auch hierauf anzuwenden? Welcher Richter könnte sein Gewissen nur um ein Haar beschwert finden, wenn er jene Schätzung auf 150 oder 160 fl. als einen beiläufig zunächst kommenden und frei arbitrirten Werth herabsetzen würde? Haben wir gleichwohl noch nicht die positive Vorschrift des Art. 323 C. Pr., wonach die Richter nicht gebunden sind, der Ansicht der Sachverständigen zu folgen, wenn sich ihre Ueberzeugung widersetzt, so steht uns dennoch die freie Befugniß offen, auch die Gründe für den Gegenbeweis mit in Anschlag zu bringen, und zwar selbst dann, wenn dieselben in notorischen Verhältnissen ihre Wurzel schlagen. Das bayer. Gesetz v. J. 1837 über die Zwangsabtretungen verordnet ausdrücklich: der Richter schöpft das Urtheil nach vorgenommener Schätzung, aber nicht, er habe blos zu bestätigen, daß die als Schiedsrichter ernannten Schätzer legal zu Werke gingen, und habe stumm als Zeichen dieser Schulgerechtigkeit sein geduldiges Siegel darauf zu drücken.

Aber auch außer diesem Falle, wenn sonst die Minderung eines

bedungenen Kaufpreises als unverhältnißmäßig vorgenommen, der wahre Werth eines Hauses oder Gewerbes ermittelt und der Entscheidung zu Grund gelegt werden soll, welch' ein künstlich verschlungenes Beweisthema, welch' ein Aufwand von angetretenen und geführten Beweisen, welche Verwicklung der Ergebnisse tritt dabei nicht hervor, welche Fülle von Eiden wird nicht mit in das Spiel gezogen, um nur mühsam der Sache an einen unfruchtbaren Ausgang zu verhelfen? (Vgl. Anh. II. Nr. 3, 23, 25.)

Das französische Expropriationsgesetz von 1841 hat den ganzen Anschlag der Grundstücke, welche zu öffentlichen Zwecken abzutreten sind, einem Spezial-Schwurgerichte übertragen, dem alle Anhaltspunkte vor Augen zu legen sind, welche auf den Werth derselben von Einfluß sein können; aber auch außer diesem Falle sind die ordentlichen Civilgerichte frisch bei der Hand und nicht im geringsten verlegen, Werthsschätzungen bis zu den bedeutendsten Summen nach ihren Einsichten vorzunehmen, gewissermaaßen zu improvisiren und ihren Urtheilen zu Grund zu legen. Nie wird über eine Angemessenheit, über das Entsprechende eines Geldwerthes, über die billige Vergeltung einer Arbeit oder eines geleisteten Dienstes ein Beweis auferlegt, nur in sehr seltenen Fällen eine Expertise verordnet. (Anh. I. Nr. 70b, 127b, 134.) Trägt ein Gericht etwa noch einen Zweifel an der Richtigkeit seines eigenen Anschlages mit in sich, so kann es gewissermaaßen den Einspruch dagegen eröffnen, indem es den Parteien vorbehält, auf eine nochmalige Schätzung durch Sachverständige zu provociren, deren Gutachten aber dann immer wieder der richterlichen Revision und Berichtigung nach Recht- und Gutbefinden unterworfen bleibt. (Anh. I. Nr. 174.)

Wer dieses Verfahren willkührlich findet, der muß vor Allem ein anderes in Vorschlag bringen, welches ein glaubwürdigeres Ergebniß zu liefern im Stande ist, als das unverantwortliche Gutachten der Sachverständigen und das unsinnige Zuschwören des siegreichen Ausganges durch Quantitäts- und Reinigungseide. Die Lehre vom freien Anschlage im franz. Civilprozesse wird übrigens erst unten im letzten Abschnitte, der vom Schadensersatze handelt, nochmals und umständlicher zur Sprache kommen. (Anh. I. Nr. 273, 274.)

8) Was bisher von dem festen Anschlage körperlicher Sachen bemerkt wurde, das gilt nur desto mehr von dem des Interesse, von jeder condictio incerti, wobei es Noth thut, eine in ihrem Bestande festbegründete, in ihrem Umfange aber noch nicht begränzte

Verbindlichkeit auf ein gewisses Maaß zu bringen und in Zahlen auszusprechen. Vor allem Anderen kömmt in dieser Richtung der Schadensersatz und die volle Genugthuung in Betracht; bei der hohen Wichtigkeit der Sache wird der letzte Abschnitt diesem Gegenstande noch eine besondere Beleuchtung widmen. Jeder Richter in den französischen Gerichten ist und muß nebenbei ein Schätzer und Sachverständiger sein, und zwar nicht ein einfacher, sondern ein Sachverständiger höherer Ordnung; er muß sich in Kraft seines Berufes darauf verstehen, die Erfahrung seines Lebens und die Kenntniß notorischer Verhältnisse mit zur Sitzung zu bringen; er muß vor Allem durch freie Schlüsse und sein ungebundenes Urtheil die unlauteren Einflüsse zu erspähen wissen und neutralisiren, welche sich in ein Gutachten der Sachverständigen unvermerkt mit einschlichen, dasselbe trüben, verdächtigen und unbrauchbar machen; er muß wohl sein eigenes Urtheil an ihrem weisen Rathe erleuchten, aber dasselbe nie in stummer Hingebung davon beherrschen lassen. Wo ist derjenige von unseren eigenen Richtern, der sich ein solches Amt nicht zutrauen, wo ist derjenige, der sich zu einem so natürlichen Streben nach dem Ziele aller Gerechtigkeit nicht frei erheben möchte, sobald ihm nur ein Gesetz die Bahn dazu brechen, ein neuer Gerichtsgebrauch seine ängstliche Besorgniß, das juristische Geleise nur auf einen Augenblick zu verlassen, beschwichtigen, ein frisches Gebot von oben herab seinem Eifer einen neuen und kräftigen Impuls dazu verleihen würde?

9) Nur eine weitere Verzweigung jener Aufgabe, die condictio incerti auf ein gewisses Maaß zu setzen, bildet im franz. Prozesse das Amt der Richter, sich über jede Verhältnißmäßigkeit auszusprechen, wo eine unsichere erst der festen Auflösung bedürfende Concurrenz von Rechten und Pflichten vorwaltet. (Anh. I. Nr. 98, 176.) Bildet das gleiche Verhältniß unter gleichen Genossen desselben Rechtes gleichwohl die Regel, so können hier überall Gründe für Abweichungen eintreten, welche wieder nur durch richterliches Ermessen ihre treffende oder der Wahrheit wenigstens am nächsten tretende Lösung finden müssen. Mehrere Theilhaber einer Gesellschaft oder anderen Genossenschaft, verworrene Gränzen einer Berechtigung, wie die eines Grundstückes können hier den Richter in die Lage bringen, eine Entscheidung über das wahre oder der Sache am besten entsprechende Verhältniß zu geben; die ausgesprochene Erwartung, die Vorzeichnung der wahren Linie müsse immer von außen kommen, durch gelieferten Beweis ermittelt werden, ist, wie

alle Erfahrung lehrt, nur ein sicheres Mittel dazu, mit dem Schiffe auf den Sand zu gerathen. Findet sich für das richtige Verhältniß in der Vergangenheit, in den bisherigen Umständen ein verlässiger Maaßstab oder eine feste Regel gar nicht vor, war sie weder gegeben noch möglich, so muß das Gericht selbst eine solche neu ziehen, aus sich schöpfen, erst neu erschaffen und in sein Urtheil einzeichnen; dieselbe von Sachverständigen oder wohl gar von Eidschwüren zugeflüstert verlangen, wäre, wie schon oft bemerkt, eine neue Verweigerung der Rechtspflege.

Ein Beispiel, aus einem wirklich vorgekommenen Falle entnommen, wird diesen Gedanken an ein richterliches Amt der Delineation etwas aufhellen. Als im Jahre 1848 die Patrimonial-Gerichtsbarkeit aufgehoben wurde, zeigte sich bald, daß zahlreiche Patrimonialbeamte als Richter und Rentenverwalter mit einem unausgeschiedenen Gehalte zugleich angestellt waren. In der ersten Eigenschaft waren sie stabil, in der zweiten entlaßbar; dort gingen sie auf den Staat über, hier mußte sie der Gutsherr behalten. Eine Durchschnittslinie in diesem Gesammtgehalte bestund schlechterdings nicht; sollte sie nun bei veränderten Verhältnissen gezogen werden, so mußte eine höhere Macht dieselbe erst nach einem billigen Verhältnisse, mit Rücksicht auf die Würde des Dienstes und den Umfang der Pflichten einführen und neu schaffen. Die Regierung war auch nicht säumig hierin und ließ durch eine Verordnung das sehr billige Verhältniß von zwei Drittheilen zu einem Drittheil bekannt machen. Den Gerichten wollte aber dieses weder eingehen, noch annehmbar scheinen; ein Gericht legte daher dem Kläger, welcher statt jener Ratenberechnung den ganzen Gehalt zuerkannt verlangte, den Beweis auf, daß er seine definitive Anstellung *in der Eigenschaft als Gerichtshalter* bei dem Patrimonialgerichte X. mit einem jährlichen Standesgehalte von 800 fl. vor dem 12. April 1848 erlangt habe. Als dieser Beweis, wie leicht vorherzusehen, mißlungen war, obwohl natürlich alle Urkunden aus älteren Zeiten herrührten, wurde dem Fiskus der Reinigungseid auferlegt, daß er weder wisse noch glaube, daß jener Gehalt dem Kläger in der Eigenschaft als Gerichtshalter verliehen gewesen sei, ganz in der umgekehrten Formel des Beweisthema. Wie wollte man sich anders helfen? Eine aus den Umständen frei geschaffene Verhältnißzahl schien die Gränzen, in welche sich das juristische Urtheil gebannt glaubt, weit zu überschreiten. Der oberste Gerichtshof fand die Eigenschaft als Patrimonialrichter vorherrschend, den ganzen Gehalt als solidarisch ver-

liehen und erkannte ihn daher auch ungeschmälert zu. (RNr. 913, $^{51}/_{52}$.) [43]).

Auch eine gewisse Concurrenz anzuordnen und vorzuzeichnen, deren inneres Wesen darin besteht, einen jeden Theilnehmer in einem billigen Verhältnisse nach dem Maaßstabe seiner Betheiligung und seiner Kräfte zur Mitwirkung herbeizuziehen, wie z. B. zur Kirchenbaulast, zur Tragung von Kriegslasten oder zu Schutzbauten an Ufern und Strombetten, zu Wegen, Brücken oder anderen Communicationsmitteln, würde sich ein deutsches Gericht in den meisten Fällen für unberufen und fast immer außer Stand erklären, insoferne nicht Herkommen oder Verjährung einen alten Besitzstand als Anhaltspunkt darbieten. Der Grund liegt offenbar darin, weil man sich ganz unumwunden der Meinung hingibt, das juristische Urtheil müsse überall auf felsenfesten Grundpfeilern ruhen, dürfe sich nie an etwas anlehnen, was blos beiläufig genommen ist, dürfe nie wie ein Schiff an einem Nothanker hin und her schwanken, eine Vertheilung nach billigen Verhältnissen widerstrebe dem Wesen aller Justiz. Aus eben diesem Grunde sind auch die meisten dieser Fragen zur Staatsverwaltung hinüberverwiesen. Das Zurückstoßen alles billigen Ermessens und beiläufigen Ueberschlages wird von manchen Gerichten bis auf die Spitze getrieben und alle Schwierigkeit dafür dem Beweisinterlokute auf den Rücken geladen; wie es ein jeder beweiset, ist alsdann seine Sache, wie man so gerne zu sagen pflegt.

10) Ist eine universitas facti, eine Haus- oder Gewerbseinrichtung, das bewegliche Einbringen einer Ehefrau, auch eine ganze Erbschaft oder ein anderer Inbegriff vieler Sachen, die oft gar nicht durch ein Verzeichniß der Aufzählung im Einzelnen fähig sind, der Gegenstand eines Rechtsstreites, wird die Vertretung oder ein Rückersatz gefordert, so erlauben sich die französischen Gerichte ohne das geringste Bedenken den hier allein möglichen Anschlag in Bausch und Bogen; denn derselbe ist auch der allein vernünftige, soll nicht auf jedem Schritte Widersinn zum Vorscheine

43) Noch ein Beispiel zur Erläuterung. Der Inhaber einer realen Wirthschafts-, Bäcker- und Metzger-Gerechtsame hatte für diese Verleihung im J. 1736 eine jährliche Abgabe von 9 fl. auferlegt erhalten; im J. 1854 besaß er hievon nur noch die Wirthschaft, und es entstand die Frage, wie viel von jenen 9 fl. auf diese treffe. Die II. Instanz erkannte: Der gräfliche Standesherr, welcher confessorisch geklagt hatte, habe den Erfüllungseid zu schwören, daß die 9 fl. oder wie viel hievon auf das Recht zur Wirthschaft treffen. (RNr. 136, $^{54}/_{55}$.)

kommen. Selbst die bayer. GO. K. XX. §. 17 Nr. 5 hat denselben für das außerordentliche Separationsrecht bestimmt zugelassen; denn es heißt daselbst: „Soll hiebei allzeit cum causae cognitione und mit Zuziehung aller interessirten Theile verfahren, auch wo kein legales Inventarium vorhanden ist, die Sache nach richterlichem Gutbedünken der Billigkeit gemäß geschlichtet werden.“ Im deutschen Prozesse widersetzt sich das richterliche Urtheil jenem allgemeinen Anschlage einer großen Gütermasse in Bausch und Bogen als unjuristisch; der ganze Kram kleiner Subtilitäten, den ein solches Streben nach pünktlicher Genauigkeit in seinem Gefolge hat, schreckt nicht ab, sich ihrer Bewältigung mit einem fast lächerlichen Glauben an die juristische Wahrheit der ermittelten Zahlen hinzugeben. (Vgl. Anh. I. Nr. 273 und Anh. II. Nr. 24.) Auch hierüber wird sich der XIV. Abschnitt vom Entschädigungsprozesse etwas näher verbreiten.

11) Gewissermaaßen die Kehrseite zum Anschlage des Werthes von Sachen und zur Ausprägung der condictio incerti in festen Summen bildet das Ermäßigungsrecht der Richter in solchen Fällen, wo durch Vertrag oder in anderer Weise eine bestimmte Größe zum Ersatze bereits vorgezeichnet erscheint. Die bayer. GO. kennt dieses Ermäßigungsrecht gleichfalls, z. B. nach K. XIII. §. 4 Nr. 3 bei dem Würdigungseide, wo es aber wegen der Seltenheit des letzteren beinahe nie zur Anwendung kömmt; auch dem Civilrechte ist dasselbe nicht unbekannt, wie das bayer. LR. IV, 5 §. 6 Nr. 2 in Bezug auf die Auslagen des Käufers, gegen welchen der Einstand ausgeübt wird, dann die weitere Stelle IV, 12 §. 6 Nr. 2 bezüglich der übermäßigen Wette ersehen läßt. In den französischen Gerichten dagegen wird von dieser heilsamen Amtsbefugniß weit häufiger Gebrauch gemacht und derselben eine viel freiere Beweglichkeit verliehen; vor Allem erstreckt sich dieselbe mit Recht auf die Ermäßigung der ausbedungenen Conventionalstrafen. Was der Art. 1152 C. N. zu verbieten scheint, das hat der Art. 1231 wieder mittelbar erlaubt. In der Conventionalstrafe läßt sich, richtig aufgefaßt, nicht blos ein Antrieb zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern vor Allem auch der zum Voraus verabredete Anschlag des Interesse für den Berechtigten erblicken, wenn etwa der Vollzug von Seite seines Gegners unterbleibt oder nur verspätet erfolgt. Dieses Interesse als ein in der Zukunft verborgener Umstand unterliegt aber ganz natürlich der clausula rebus sic stantibus. Ueberdies könnte auch das Vorbedingen einer solchen Strafe leicht dazu

mißbraucht werden, um Jemand, der sich unbesonnen zum Versprechen herbeiläßt, hinterlistig in die Falle zu locken und um einen großen Theil seines Vermögens zu bringen. Sind die Gerichte in der Regel ermächtiget, den Schadensersatz frei nach eigener Anschauung zu fixiren und mit dem erlittenen Nachtheile in ein billiges Ebenmaaß zu bringen, so muß ihnen als natürliche Folge hievon auch zustehen, wo die Parteien selbst dieser Vorsehung zuvorgekommen sind, aber von ihrem Standpunkte aus wegen ungenauer Beurtheilung der Verhältnisse oder sonst aus unlauteren Beweggründen ein Uebermaaß dabei unterlief, dasselbe wieder abzuschneiden und auf einen billigen Umfang herabzusetzen. Es liegt gewissermaaßen in der Natur jeder Strafverhängung als des Rechtes ein Leid zuzufügen, daß dieselbe nur unter obrigkeitlicher Aufsicht vor sich gehen dürfe; diese Ueberwachung reicht gewiß aus sehr billigen Gründen denn auch bis auf die Repressivmittel hinüber, welche durch gegenseitigen Vertrag festgesetzt sind. Wenn wir dieses Ermäßigungsrecht in der Praxis selbst bei wahren Kaufpreisen wiederfinden, so ist solches, um nicht in Willkühr auszuarten, nur bei dem Dienstverkaufe von Notären und Gerichtsboten der Fall, deren Stellen blos eine Art durch die Finger gesehene Realität und Veräußerlichkeit zukömmt, wobei also die Behörde, indem sie die Uebertragung auf einen Nachfolger duldet, gewiß auch das Recht hat, die Preisbestimmung einer Revision zu unterwerfen. Bei dem Mandate und nicht anderen Diensten von relativem Werthe brauchte man natürlich so ängstlich zu sein, der einen Partei, welche eine Zusicherung erhielt, einen erzwungenen Nachlaß aufzuerlegen. (Anh. I. Nr. 60—70 a.) Auch der Miethzins wird ermäßiget, wenn ein späteres Ereigniß den Gebrauch der vermietheten Sache vermindert. (Anh. I. Nr. 276.)

12) Die Lehre vom stillschweigenden Verzichte, von der selbstverständlichen Genehmigung einer Erfüllung oder der Gutheißung eines geleisteten Dienstes, von der Zufriedenstellung mit einer gelieferten Arbeit, der Billigung eines vollzogenen Auftrages oder einer nützlichen Geschäftsführung, dem Erlassen einer Rechnungsablage, was Alles nur aus concludenten Handlungen, aus einer Vergleichung aller Umstände, einer umsichtsvollen Auslegung des ganzen Gebahrens einer berechtigten Person nach allen Rücksichten und Beweggründen beurtheilt werden kann, ist bereits in der Theorie des deutschen Rechtes längst ausgebildet und festbegründet; nur in der Praxis hat dieselbe nicht selten mit übergroßen Bedenklichkeiten der Richter zu kämpfen, von dem innigen Zusammen-

hange des Einzelnen einen sicheren Schluß auf das Ganze einer Absicht, auf das wohl Bewährte einer Willensmeinung zu ziehen. Die französischen Gerichte behandeln dagegen vorkommende Fälle dieser Art mit einer den Erfahrungen des Lebens und den Eindrücken auf das allgemeine Rechtsgefühl genauer entsprechenden Geläufigkeit. Der bekannte Satz: ad renunciata non datur regressus tritt dort, wie so vieles Andere, weit bestimmter unter die Herrschaft der Umstände. Vermöge desselben steht den Gerichten selbst eine freie Würdigung des Einflusses zu, den der längere Aufschub der Geltendmachung eines Rechtes auf das Zustehen und die weitere Verfolgbarkeit desselben ausübt, sowie der Ausspruch der Folgen, die sich daran anknüpfen, auch ganz abgesehen von der Verjährung mit ihren strengen Erfordernissen und ihren langen Fristen. Diesen Gedanken hat schon das bayer. LR. IV, 14 §. 13 Nr. 6 für einen einzigen Fall durch die Bestimmung festgehalten, bei lange unterbliebener Einforderung einer Schuld sei deren Zahlung zu vermuthen; nichts kann im Wege stehen, den Grundsatz, aus welchem sichtbar jene Bestimmung floß, auch auf ähnliche nächst verwandte Fälle und namentlich auf die Ratihabition auszudehnen. (Anh. I. Nr. 198, 199.) Den französischen Gerichten steht weiter zu die Würdigung der unlauteren Absichten, welche der allmählig hinter einander her gehende Vorschub zweideutiger oder sich widersprechender Behelfe verräth, der Schluß auf die geheimen Beweggründe ihrer Absonderung von einander, die Enthüllung der Intrigue und die Blosstellung des Intriguanten, das Festhalten an der einmal geoffenbarten Willensmeinung eines Betheiligten, nach der bekannten Lehre des fr. 75 de R. J.: Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. Es steht ihnen nicht minder zu, Folgerungen aus der klar bekundeten Ansicht zu ziehen, welche eine Partei selbst von ihren Zuständigkeiten hatte, und jeden launenhaften oder eigennützigen Umschlag hierin zum Nachtheile ihres Gegners zu verhindern, das Schweigen oder Ruhigbleiben einer Partei, da wo Reden und Handeln doch natürlich gewesen, im Hinblicke auf fr. 142 de R. J. nach seinem vernünftigen Eindrucke zu erklären, den stillschweigenden Verzicht oder die zugestandene Grundlosigkeit gewisser Ansprüche oder Umstände aus dem nur in solcher Voraussetzung erklärbaren Benehmen der betreffenden Partei abzuleiten, mit der Befugniß, der leichtfertigen Verspätung den Ausschluß zu bedeuten, dem Gegner die Einrede der abgethanen Sache gegen die belästigende Wiederkehr neuer Verfolgungen, die

mit den früheren füglich verbunden werden konnten, als Schild vorzuhalten, und den von verspäteter Reue eingegebenen Gelüsten zum Rückgriffe auf längst in Verwitterung übergegangene Rechte einen festen Riegel vorzuschieben. (Anh. I. Nr. 160.) Das Anerkenntniß, nicht berechtiget zu sein, fällt für diesen Gesichtspunkt mit dem Aufgeben eines etwa möglichen aber im Dunkeln gebliebenen Anspruches in Eines zusammen; beide vereinigen sich zu der von allen Seiten her kund gegebenen Erlöschung eines Rechtes durch beharrlichen Nichtgebrauch. Die Aehnlichkeit mit der Extinktivverjährung und die Ableitung dieser Folge aus demselben Grundgedanken, worauf auch die letzte beruht, wurde bereits oben im III. Abschnitte berührt; die langen Fristen der Verjährung können nicht zu dem Schlusse berechtigen, so lange diese nicht abgelaufen, vermöge der Rückhalt mit dem Hervortreten dem Gläubiger keinen Nachtheil zu bringen; die Grundsätze vom stillschweigenden Verzichte oder thatsächlichen Zugeständnisse, wenn die Folgerungen nur bündig sind, beherrschen vielmehr dessen Rechtsgebiet vom ersten Augenblicke an. Gleichwie der Art. 2224 C. N. erlaubt, aus den Umständen darauf zu schließen, ob eine Partei der Einrede der Verjährung sich begeben wollte, ebenso läßt sich auf demselben Wege ihre Absicht herleiten, ohne den Ablauf der Verjährungsfrist nur abzuwarten, auf ein Recht nie mehr zurückgreifen zu wollen. (Anh. I. Nr. 150, 198—200, 324.) Als faktisch und natürlich zweifelt man auch in den deutschen Gerichten nur selten an dem Gewichte dieses Argumentes; dasselbe gilt aber für unjuristisch und findet nur aus diesem Grunde so wenig Anklang. Man glaubt das obenerwähnte Sprüchwort von der ausschließenden Wirkung des Verzichtes dahin umdrehen zu dürfen: Ad omissa per incuriam datur regressus [44]).

44) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein fürstlicher Rath erhielt auf seine Bitte, die er gar nicht auf einen Grund der Berechtigung zu stützen vermochte, aus Gnade im J. 1822 von seinem Standesherrn seine Quiescenz und zugleich hiemit einen für ihn besonders regulirten Quiescenzgehalt bewilliget, den er hierauf auch 20 Jahre lang ohne die mindeste Widerrede bezog. In der Quittung jeder Quartalsrate, also achtzigmal, schien er seine Zufriedenheit hiemit bekundet zu haben. Nach seinem Tode verhielt sich auch sein Sohn als Erbe ruhig; erst im J. 1852, kurz vor Ablauf der 30jährigen Verjährungszeit wollte seine Erbeserbin entdeckt haben, daß jene Pension weit unter dem normalmäßigen Betrage gestanden, weshalb die berechnete Erhöhung und Nachzahlung wider den Standesherrn eingeklagt wurde. Der oberste Gerichtshof verwarf die dieser Klage entgegengesetzte Einrede des stillschweigenden Verzichtes aus dem Grunde, weil ein faktischer Verzicht, gleichwie alle stillschweigenden Willenserklärungen, nur aus

Dieser Punkt hat noch, wie theilweise schon oben bemerkt, eine besondere Wichtigkeit für die Auslegung und die Erfüllung von Verträgen, wobei das Verhalten der vertragenden Theile in der Geltendmachung der sich ausbedungenen Rechte die beste Quelle zur Ergründung ihrer wahren Absicht darüber ist, was sie sich ausbedingen und zusichern wollten, oder wie sie eine Abrede verstanden hatten; den plötzlichen Abgang von einer bereits bündig geäußerten Willensmeinung trifft hier mit Recht die ausschließende Folge einer früheren Beruhigung. Ein solcher Aufschub vermag selbst beigefügte Bedingnisse eines Vertrages mit der Wirkung des Erlasses zu bedecken, wenn z. B. der Käufer die Zustimmung seiner Ehefrau zur Bedingniß des Geschäftes gemacht hatte, später aber, ohne hierauf ein Gewicht zu legen, sich die Sache ausliefern und den Vertrag zur Verlautbarung bringen ließ. Eben dieser Aufschub ist vor Allem wichtig, um die stillschweigende Zufriedenstellung mit der Erfüllung eines Vertrages zu bekunden. Wenn der Käufer ein Gut übernommen, zwei Jahre lang ohne Anstand bewirthschaftet, die Zinsen des Restes vom Kaufschillinge ohne Weigerung bezahlt hat, und nun auf Abtragung einer Zielfrist belangt wird, wer wird seine Einrede des nicht erfüllten Vertrages für ernstgemeint halten können, wenn er behauptet, ein kleines Grundstück habe ihm gefehlt, das dazu gehörige Inventar sei mangelhaft, das ganze Gut unter der Hälfte werth gewesen, sein Gegner habe überdies die Zusage nicht erfüllt, ihm eine Schenkwirthschaft auf demselben zu erwirken? Leuchtet nicht aus Allem hervor, daß er mit dem, was er übergeben erhielt, zufrieden war und nur hinter diesem Vorwande einen Schutz gegen die drohende Hilfsvollstreckung sucht?

13) Eine stillschweigende, nirgends klar ausgesprochene, obwohl meistens hinzugedachte Bedingniß, welche von Einfluß auf das Zuerkennen sein muß, hängt nicht selten an unvergeltlichen Zuwendungen; wir begegnen hier einem ganz eigenthümlichen

---

solchen Handlungen gefolgert werden könnten, welche gar keine andere Deutung zuließen, aus der Annahme jenes Dekretes und dem 20jährigen Bezuge sich offenbar (?) mit Sicherheit ein solcher Verzicht nicht ableiten lasse, indem diesen Handlungen auch andere Motive, als die der Entsagung zu Grund liegen könnten, ... eine Beruhigung dem Quiescenten aber nur dann entgegenstehe, wenn sie die ganze Verjährungszeit über stattgefunden, indem außerdem die gesetzlichen Vorschriften über die Erfordernisse der erlöschenden Verjährung umgestoßen würden. (Bl. f. RA. Bd. XX. S. 28 der Erg.=Bl.)

animus donandi anceps vel aequivocus, der sich zwei Ausgänge offen behält und seine scheinbare Freigebigkeit an die bestimmte Erwartung eines reichlichen Zurückflusses knüpft. Wenn eine Familie einen Ahnherrn oder reichen Verwandten bei sich aufnimmt, auf das zärtlichste mit Wart und Pflege versieht, so zählt sie gewiß immer darauf, seine Erbschaft sich nicht entschlüpfen zu lassen; tritt später ein Zerwürfniß ein, welches ihn bestimmt, das Haus wieder zu verlassen und sein Testament zu ändern, so folgen nach seinem Tode ganz maaßlose Aufrechnungen alles Dessen, was er genossen und sein Nachlaß nun wieder zu vergüten habe. Wo ist hier das rechte Ziel und Maaß zu finden? Eine wahre Absicht zu schenken war nicht da; man ließ den Alten nur daran glauben, um seine Dankbarkeit in das Netz der Gewährung eines zwanzigfachen Wiederersatzes zu ziehen; eine Vergütung überhaupt ist daher gewiß billig, aber eine nur so knapp zugemessene und auf den annehmbaren Werth der wahren Aufwendungen beschränkte, daß den vereitelten Erbgelüsten am Ende nicht der Preis einer reichlichen Belohnung werde. Wenn sich die Absicht zu schenken in der wohl berechneten Mitte zwischen zwei Wagschaalen hielt, um nach Lage der Umstände nach der einen oder der anderen greifen zu können, so scheint es eine natürliche und billige Folge zu sein, auch in den Ersatz des id quod interest jene Halbheit zu übertragen, welche die Strebnisse mit den Folgen in eine gerechte Uebereinstimmung zu setzen vermag. (Anh. I. Nr. 70b, 134.) Was läßt sich für den deutschen Standpunkt etwa hiegegen anführen? Offenbar nur das Bedenken, der Schluß von der Halbheit einer Absicht auf die Hälfte eines Ersatzes sei nicht juristisch und nicht logisch[45]).

---

45) Ein Beispiel zur Erläuterung, welches zugleich die große Entfernung der deutschen Praxis von dem freien Anschlage bewährt. Eine arme Wittwe hatte einen verwaisten aber reichen Studenten während der sechs Jahre seiner Studienzeit jedesmal in der Ferienzeit zu sich eingeladen und bei sich unterhalten, in der unverhohlenen Absicht, dessen Heirath mit ihrer Tochter zu begünstigen. Am Ende ging er jedoch mit Tod ab und wurde von seinen Seitenverwandten beerbt. Die Frau forderte nun für die geleistete Verköstigung auf 10—12 Monate in 6 Partien einen Ersatz von 2 fl. 6 kr. täglich, was sich über 600 fl. belief und was sie für den Tag in nachstehender Weise specificirte: 30 kr. für Mittagskost, 12 kr. für Frühstück, 18 kr. für Zehnuhrfrühstück, bestehend aus Wein, Brod und Schinken, 12 kr. für Nachmittags-Kaffee, 12 kr. Nachmittagszehrung, 30 kr. Abendessen mit Bier, 12 kr. für Wäsche, Stiefelputzen und Bedienung. Beide Vorinstanzen wiesen die Klage als nicht genügend substanzirt ab, wobei offenbar ein geheimer Rückblick auf den nur unklar geahnten animus donandi mit im Spiele

14) Sogar die Rechtskraft, welche doch im Sinne des franz. Civilgesetzbuches eine der stärksten Rechtsvermuthungen bilden soll, kann sich der Herrschaft der Umstände nicht entwinden; wird dieselbe künstlich geschaffen, um unter ihrem Deckmantel ein Gesetz zu umgehen, so fällt sie vor dem Einwurfe des Betruges, der sich selbst nur auf einfache Vermuthungen stützen kann, in ihr Nichts zurück. (Anh. I. Nr. 178.) Nachdem der Art. 1351 C. N. zur Rechtskraft die genaue Uebereinstimmung mehrerer Punkte in einem früher entschiedenen und einem neu anhängigen Rechtsstreite erfordert, alle Identität sich aber nur aus den Umständen beurtheilen läßt, so schien hiemit von selbst eine Hinweisung für jenes Bindemittel auf das Feld der letzteren gegeben zu sein. Eine rechtskräftig abgethane Sache soll nicht mehr in den Streit gezogen werden können; gleichwie der Beklagte alle seine Vertheidigungsmittel auf einmal vorkehren muß, ebenso hat auch der Kläger die Pflicht auf sich, alle Angriffsmittel, durch welche er zu demselben Zwecke gelangen will, mit einander zu verbinden, soll seinen Aufschub nicht die natürliche Folge des Ausschlusses treffen.

Im deutschen Prozesse wird dem Kläger unter der beliebten Form der Abweisung in der angebrachten Art ein mit nichts verantwortlicher Spielraum der Erneuerung seiner längst präjudicirten Begehren offen gehalten. (Anh. II. Nr. 27.) Im französischen erstreckt sich die Herrschaft der Umstände auf die Beurtheilung jeder Nachklage unter dem Gesichtspunkte ihrer Identität oder wesentlichen Uebereinstimmung mit der unterlegenen Vorklage, auf die Prüfung, ob sie nicht die Ausbeutung eines Vorwandes sei, um sich den Wirkungen der Rechtskraft zu entziehen, ob die neue Wendung, die dem Klaggrunde gegeben wird, nicht auf einem unwiderbringlichen Versäumnisse im Laufe des Vorprozesses beruhe, und ob sie nicht durch

war. In den erstrichterlichen Entscheidungsgründen war bemerkt: „Es hätte in der Klage angegeben werden sollen, aus wie viel Speisen das Mittagessen, woraus das Frühstück, in welchen Quantitäten der Kaffee, woraus die Nachmittagszehrung, woraus das Abendessen bestanden, wie viel für dieses und wie viel für Bier gefordert werde, — dann für Wäsche und Kleiderreinigung, für Stiefelputzen, worin außerdem die Bedienung noch weiter bestanden habe. Ohne genaue Specification lassen sich die Geldansätze keiner Prüfung unterstellen" Der oberste Gerichtshof dagegen setzte alle jene Posten zum Beweise aus. Ein mittlerer Anschlag von 50 fl. für eine Vakanz oder 300 fl. im Ganzen wäre offenbar das Kürzeste und Billigste gewesen. (RNr. 57, 55/56.) Nach durchgeführtem Beweisverfahren ging die Sache wie gewöhnlich mit der Auflage einer Masse von Eiden aus. (RNr. 866, 57/58.)

die Anführungen der ersten Klage oder Antwort bereits widerlegt und als völlig unglaubwürdig bezeichnet sei. Wer die Hilfe der Gerichte zum Schutze eines gewissen Rechtes anruft, von dem ist gewiß nichts natürlicher zu erwarten, als daß er alle seine hiezu geeigneten Behelfe auf einmal geltend mache; die stumm gebliebenen trifft daher mit vollem Rechte, ohne daß es einer positiven Vorschrift hiezu bedürfte, die Folge des stillschweigenden Verzichtes. (Anh. I. Nr. 200 und 324.) Ein Beispiel wird diese Bemerkung völlig klar machen. Gegen ein und dasselbe Testament können möglicher Weise vier Angriffsmittel zu Gebote stehen, a) weil nicht alle Zeugen zugleich versammelt, b) einer derselben untüchtig gewesen, c) der Erblasser durch Zudringlichkeit und Ueberlistung dazu verleitet worden, auch d) zur Zeit der Errichtung durch Altersschwäche und Krankheit seines Verstandes nicht mehr mächtig gewesen sei. Sollte es aber auch angehen, diese vier Nullitätsgründe hintereinander in vier Klagen, oder auch nur paar- und paarweise in zwei Prozessen geltend zu machen? Gewiß nicht; ist die eine zurückgewiesen, so ist das Testament dadurch rechtskräftig für gültig erklärt und die übrigen sind ausgeschlossen, ganz ebenso, als hätte der eingesetzte Testamentserbe auf Herausgabe der Erbschaft geklagt und der beklagte Intestaterbe ihm nur eine jener vier möglichen Einreden entgegengesetzt, womit die übrigen für immer präcludirt wären. Die Umstände rechtfertigen hier aus dem abgesonderten Vorschube des einen Grundes den bündigen Schluß auf den Verzicht oder die Hinfälligkeit der übrigen; die causa proxima wäre für alle jene Klagen nur die Nullität des Testamentes, mithin immer ein und dieselbe. Vgl. P a i l l i e t, Man. du droit français, N. 33—35 zu Art. 1351 C. N. — Erk. des Cass.-H. v. 3. Febr. 1818, 29. Jan. 1821 und 17. Juni 1822; — S i r e y 19—1,160; 21—1,309; 23—1,33.

Die bisherigen Bemerkungen dürften wohl genügen, um zu zeigen, welche Freiheiten sich die französischen Gerichte herausnehmen, um bei Streitigkeiten aus dem lebendigen Verkehre des Obligationenrechtes und namentlich der Willenshandlungen den Sachverhalt unter die Herrschaft der Umstände zu stellen; dieselben werden eine beiläufige Vorstellung davon geben, wie weit die Gerichte jenseits des Rheines in der Kunst zu arbitriren vorangeschritten, und um wie viel dieselben ihren deutschen Amtsbrüdern in dem Geschicke, dem richtigen Takte und der Leichtigkeit überlegen sind, ihre Ueberzeugung aus Vermuthungen und Schlußfolgerungen zu schöpfen

oder doch besser zu erleuchten, und jedenfalls sich unverzagt hierüber auszusprechen.

§. IV.

Vermuthungen in Bezug auf Verschulden und Vergehen.

In dieser zweiten Abtheilung des Obligationenrechtes ist die Herrschaft der Umstände und der Beweis durch Vermuthungen um nichts minder ausgebreitet, von praktischer Bedeutsamkeit und fruchtbaren Folgen für den franz. Civilprozeß, als in der Sphäre der Willenshandlungen und der Verträge. Er ist hier sogar noch viel wichtiger, weil das Vergehen, gleich wie jeder Frevel, die unerlaubte Handlung oder tückische Hinterlist, der böswillige Angriff auf Personen, Hab und Gut oder auch Beschädigungen, welche blos aus Unachtsamkeit, aus Mangel an pflichtmäßiger Vorsicht oder Vernachlässigung bestehender Vorschriften entspringen, das Eigenthümliche haben, daß sie sich meistens mit dem Schleier des Geheimnisses umgeben, hinter Verläugnungen und andere Entstellungen verbergen, falsche Vorwände vor sich hinschieben und so viel als möglich die Tageshelle zu scheuen pflegen. Ueberdies bietet sich hiebei das natürliche Mittel der urkundlichen Constatirung gleich von vorne herein nicht dar, es läßt sich nicht vorziehen oder vorzeichnen, ja die Zeugen vermögen oft nur über Nebenumstände und näher oder entfernter liegende Anhaltspunkte für einen daraus zu ziehenden Schluß auszusagen. Diese Wichtigkeit der Sache und das ausgebreitete Feld, auf dem sich im französischen Prozesse die Conjecturalprobe für die Ermittlung des Schadens und Interesses als der vollen Genugthuung bewegt, gaben den Anlaß, im letzten Abschnitte vom französischen Entschädigungsprozesse diesem Gegenstande eine besondere Erörterung zu widmen, auf welche an dieser Stelle zum Voraus hinverwiesen wird [46]).

46) Die deutschen Reichsgesetze geben in diesem Belange selbst eine Hinweisung auf die Umstände des Falles, welche angeführt zu werden verdient. Der Reichsabschied von 1594 verordnete nämlich im §. 69: „Ebenermassen ist man bisher in dem Zweifel gestanden, durch wie viel Personen der Landfried geschwächt könne werden, in dem wir diese Verordnung thun, daß solches in des Richters Discretion gestellt sein soll, welcher sich aus den Umständen der erzählten Gewaltthat, aus den Worten, Verstand und Disposition des ausgekündeten Landfriedens jederzeit zu informiren und ... darnach zu richten wissen wird.“ — Ferner in derselben Stelle weiter unten: „... sintemal solcher dolus in mente delinquentis beruht, und derwegen schwerlich direkt zu probiren, derselbe aus den Umständen der Thathandlung, *ex perspicuis indiciis et*

§. V.
Muthmaſſungen auf dem Gebiete des Familienrechtes.

Aus dem ganzen Familienrechte kommen uns nur zwei Fälle entgegen, die in der franzöſiſchen Gerichtspraxis ihre ziemlich häufige Löſung aus Umſtänden und Vermuthungsgründen zu finden haben; beide ſtreifen ſehr nahe an die Idee eines Familiendeliktes hinüber. Der eine betrifft den Beweis der Gründe für eine beantragte Trennung der Ehe, der andere die Verläugnung der Vaterſchaft. Daß der begangene Ehebruch einer Frau oder die unverträgliche Lebensweiſe, die fortgeſetzten Thätlichkeiten, die rohe und pflichtvergeſſene Behandlung eines Ehegatten durch den Anderen, um Gründe zu einer Trennung der Ehe abzugeben, beſonders im Punkte einer längeren Fortſetzung und beharrlichen Wiederkehr nur aus Anzeigungen bewieſen werden können, daß ſich hier ein abgerundetes Beweisthema nicht von vorneherein mit der erforderlichen Präciſion aufſtellen laſſe, ſondern Alles erſt einer umfaſſenden Abwägung nach geführtem Beweiſe überlaſſen bleiben müſſe, iſt eine von ſelbſt ſo einleuchtende Sache, daß ſelbſt der deutſche Prozeß nothgedrungen ſich dazu bequemen mußte, das Beiſpiel des franzöſiſchen hier nachzuahmen und bereits ein ganz langes Verzeichniß von Beſchwerden eines Ehemannes gegen ſeine Gattin in Bauſch und Bogen zum Beweiſe zuließ, mit dem Vorbehalte, erſt im Endurtheile zu beſtimmen, ob die erwieſenen und wahrſcheinlich gemachten auch dringend genug ſeien, um das Begehren nach Scheidung der Ehe zu rechtfertigen. (Bl. f. RA. Bd. XIII. S. 393. — Anh. I. Nr. 4, 40, 137—140.)

Den in unſerer Praxis täglich vorkommenden Fall der Klage auf außereheliche Vaterſchaft kennt bekanntlich das franzöſiſche Recht nicht, weil es die Erforſchung hierüber verboten hat; die Ergründung der Mutterſchaft, die es dagegen erlaubt, hat in der Regel mit weit weniger Schwierigkeiten zu kämpfen als der erſtere. (Anh. I. Nr. 134, 135.) Indeſſen wird ſich unten ein Fall finden, in welchem ausnahmsweiſe auch die Erforſchung der außerehelichen Vaterſchaft zugelaſſen und mit gleicher Umſicht aus den Umſtänden geführt wurde. (Anh. I. Nr. 133.) Andere Fälle, in denen der Tod oder Todestag einer Perſon, oder deren Abſtammung von einer anderen oder notoriſche Verwandtſchaftsverhältniſſe aus den Umſtänden für

---

evidentia ipsius facti möge erwieſen werden, ſo laſſen wir uns ſolch' Bedenken unſeres Kammergerichtes wohl gefallen."

hergestellt angenommen wurden, wird der erste Anhang gleichfalls einige aufstellen. (Nr. 7, 136, 144.)

Dagegen ist einer der mißlichsten Punkte in unseren Rechtszuständen die Fälschung der Familienrechte, die wir leider so oft unter unseren Augen vor sich gehen und geschehen lassen müssen wegen des ganz übermäßig erschwerten und beinahe unmöglich gemachten Beweises, um die Illegitimität eines während der Ehe gebornen Kindes festzustellen. Daß diese Sache nicht so leicht genommen werden könne, leuchtete dem französischen Rechte mit dem römischen, worauf es sich der Regel nach stützte, von selbst ein; daß dem in der Ehe gebornen Kinde eine kräftige Rechtsvermuthung für seine Rechtmäßigkeit zur Seite stehen müsse, nach dem Grundsatze: pater est quem justae nuptiae demonstrant, wird kein Gesetzbuch verläugnen können. Aber auf der anderen Seite ist es augenfällig auch zu weit gegangen, mit dem bayer. LR. nur den Beweis per evidentiam facti zuzulassen und denselben auf die Darlegung der Unmöglichkeit einer Cohabitation unter den Ehegatten zur entscheidenden Zeit zu beschränken; denn die Thatsache der Untreue vieler Ehefrauen läßt sich denn doch einmal nicht wegstreiten und vom Gesetze unbeachtet darüber hinweggehen. Ein Mittelweg schien hier nöthig; der Art. 313 des C. N. hat ihn glücklich versucht. Die physische Unmöglichkeit der Beiwohnung in der gesetzlichen Zeit muß natürlich auch hier dieselbe Wirkung thun, wie im deutschen Rechte; ist aber der Beweis hierüber unmöglich, so gibt es neben den gewöhnlichen und alltäglichen Anzeigungen für den Ehebruch einer Frau, für die Zeugung des von ihr gebornen Kindes durch einen Anderen noch gewisse besonders dringende und in erster Linie stehende Verdachtsgründe, welche, ohne für sich allein zuzureichen, dennoch genügen müssen, als praesumptiones facti qualificatae, um den Mann zum Beweise seiner Nichtvaterschaft durch alle übrigen Beweismittel zuzulassen. Und was könnte hierunter mehr Gewicht verdienen, mehr in erster Linie hervorspringen, als das Schuldbewußtsein, welches eine Ehefrau dadurch an den Tag legt, daß sie ihrem Manne ihre Schwangerschaft und Niederkunft verheimlichet? Hatte nicht bereits das bayer. Strafgesetzbuch Th. I. Art. 160 ff. hieraus eine qualificirte Vermuthung für die Absicht des Kindsmordes gemacht? Ist nun jene Verheimlichung wirklich geschehen, so hieße es, die Humanität und Skepsis zu weit treiben, wenn man darauf bestehen wollte, ein in diesem Grade die Ueberzeugung mit fortreißendes Indiz könne nur der Mutter, aber nicht dem Kinde

schaden, welches sie zur Welt gebracht. Diese Art von Erbsünde geht solidarisch auf dasselbe über, der Vater darf den Ehebruch des Weibes in jener Voraussetzung durch alle übrigen Umstände beweisen; vermag er ihn bis zu einem zureichenden Grade herzustellen, so wird er von der ihm durch Hinterlist und Ehebruch aufgebürdeten Vaterschaft freigesprochen. Von den ziemlich häufig über solche Fälle ergehenden Urtheilen wurden nur einige, um eine Vorstellung von der Sache zu geben, in die Sammlung des I. Anhanges Nr. 88 bis 90, 130—132 aufgenommen. Jedem Erstreben einer besseren Gründlichkeit der Forschung in ihren Geheimnissen hat die Natur hier einen Riegel vorgeschoben.

§. VI.
Die Wahrscheinlichkeitsprobe für Punkte des Verfahrens selbst.

Wenn die innige Ueberzeugung, welche der Richter aus den Urkunden und Thatumständen eines Falles geschöpft, die innere Anschauung von dem ganzen Verlaufe und Zusammenhange einer streitigen Geschichte, welche ihm der Gang der mündlichen Verhandlung beibrachte, wenn der versammte Eindruck, den der Ueberblick aller Verhältnisse des Falles auf seine Erkenntniß machte, für ihn zum unmittelbaren Beweisgrunde wird und werden darf, der nicht erst noch lange einer Rechtfertigung nach formalen Regeln bedarf, so ist Nichts natürlicher und ergibt sich hieraus als eine Folge gewiß von selbst, daß ihm dasselbe Mittel der Erleuchtung für sein Bewußtsein noch weit mehr in Bezug auf Prozeßfragen offen stehen müsse, die sich im Laufe einer Verhandlung darbieten und einer Lösung bedürfen, welche in den meisten Fällen gar nicht anders gegeben werden kann als durch einen freien Anschlag der Umstände. Welch' großen Spielraum bereits unsere jetzigen Gesetze in diesem Zweige des richterlichen Wirkens der Wahrscheinlichkeit eingeräumt haben, wurde schon oben im II. Abschnitte berührt. Die französischen Gesetze gehen hierüber beinahe um nichts weiter als die unsrigen; nur das frische Ansehen der Gerichte, das Selbstgefühl ihrer Würde und heilsamen Macht gibt ihnen den freien Muth ein, sich ihres unbestrittenen Rechtes auch in einem Maaße zu bedienen, welches sich der deutsche Richter in seiner gewohnten Abhängigkeit von Regeln, gleichwie in dem frommen Anschlusse an die Aktenlage nur selten zuzutrauen pflegt. Für die einzelnen Stadien des Prozesses werden hierüber vor dem Schlusse nur noch wenige Bemerkungen genügen.

1) Unter der Herrschaft der Umstände und Wahrscheinlichkeits-

gründe steht vor Allem die Annehmbarkeit und Zulassung aller Gründe für einen erbetenen Aufschub, die Grundhaltigkeit aller Bitten um Fristverlängerungen oder Vertagungen, das Vorwalten eines Bedürfnisses weiterer Information oder Rücksprache mit Parteien, des unverschuldeten Mangels einer vollständigen Vorbereitung, der Verhinderung, ihres Anfanges und ihrer Dauer, wo es sich darum handelt, die Folgen von Versäumnissen abzuwenden, die billige Würdigung des Erfordernisses und des Maaßes eines weiteren Gehöres, der Fortsetzung von Verhandlungen oder weiterer Ausführung von Rechtsbehelfen, besonders bei mündlichen Vorträgen, die Beurtheilung, ob eine Aenderung der Klage im Hauptwerke verspätet, und deshalb unstatthaft, ob auf einen ganz neuen und wesentlich verschiedenen Klagegrund abgesprungen sei. Unter dieselbe Herrschaft fällt auch die Beurtheilung der Richtigkeit einer erfolgten Ladung oder Zustellung, deren Förmlichkeiten scheinbar in Ordnung sind, und der Zeit, in welcher dieselbe statt fand oder wenigstens aushilfsweise der zu ladenden oder zur Empfangnahme bestimmten Person eine hinlängliche Kenntniß vom Inhalte und Zwecke der Ladung zukam, die Beurtheilung des Mitwissens dritter Betheiligter von einem anhängigen Rechtsstreite und seinem Gegenstande, sowie die Folgerungen, die sich aus der Beruhigung hiebei ziehen lassen. (Anh. I. Nr. 5, 201, 202.) Das ganze Fristen- und Vertagungswesen steht im französischen Prozesse auf einem wesentlich abweichenden Fuße von demjenigen des deutschen. Die gesetzliche Frist muß immer eröffnet sein, sie kann ohne Verkürzung des Gehörs und somit ohne Richtigkeit weder beengt noch entzogen werden. Die Verlängerung derselben oder die Vertagung einer Verhandlung steht dagegen immer facultativ in dem Ermessen des Gerichtes, vor welches die Ladung gegeben war oder bei dem die Verhandlung erfolgen sollte. Wer eine Vertagung verlangt, der hat sein Gesuch zu begründen; vermag er solches nicht, so hält das Gericht die Hauptsache zurück; der vergebens Nachsuchende muß nun auf der Stelle handeln oder sich die Folgen des ungehorsamen Ausbleibens gefallen lassen[47]. Von der präsumtiven Rechtmäßigkeit einer ersten

47) Carré Qu. 1092 bemerkt hierüber: „Die französischen Gerichte sind in Bewilligung der Fristverlängerungen sehr strenge. Es genügt ihnen nicht, um die Verlängerung zu erwirken, sie nur zu verlangen, sondern man muß auch gültige Gründe anführen und darlegen, daß es unmöglich war, den gesetzlichen Termin einzuhalten. Die Richter, welche in dieser Hinsicht das Gesetz zu vollziehen und seinen wahren Geist auszulegen haben, sind auch zugleich berufen,

Fristverlängerung, von einer Verwahrung gegen den abschlagenden Bescheid und späteren Ausführung dieser Beschwerde mit der Berufung gegen das Endurtheil ist keine Spur zu finden; das allgemeine Rechtsbewußtsein besteht vielmehr darin, daß die Frist gleichsam das untrennbare Eigenthum des Gerichtes selbst sei, vor dem sie läuft — le domaine privé du juge, wie Boncenne a. a. O. Bd. II. Nr. 280 bemerkt, daß jeder bewilligte oder versagte Aufschub keiner Art Ueberwachung fähig oder bedürftig, nur ein Ausfluß seiner unübersteiglichen Amtsgewalt und selbst bei dem einzelnen Friedensrichter inappellabel sei. Nur der später noch zulässige Einspruch, sowie die Berufung an die II. Instanz, vor welcher die gewöhnlichen Versäumnisse der ersten wieder gehoben werden können, mildern diese scheinbare Strenge in einer Weise, welche das gute Recht nicht mit ernstlicher Gefahr bedroht [48]).

Im deutschen Prozesse kränkelt das Fristenwesen bei aller Strenge, welche neuere Gesetze zu entfalten suchten, noch immer in den kümmerlichsten Verhältnissen; überall finden wir den Vorwand

---

die Nothwendigkeit der Fristverlängerung (als souverains appréciateurs) unübersteiglich zu würdigen; sie können dieselbe bewilligen oder auch abschlagen, je nachdem sie die Angemessenheit hiezu wahrnehmen oder nicht. Diese billigmäßige Amtsgewalt wurde schon von vielen Gerichten anerkannt; sie verweigerten die Erstreckung des Termines zur Vollführung des Zeugenbeweises, weil die Partei nicht darlegte, sich durchaus in der Unmöglichkeit befunden zu haben, ihre Zeugen abhören zu lassen."

48) Nur ein Beispiel zur Erläuterung. Den 16. Dez. 1854 erwirkte ein Vormund bei dem Präsidenten des Bez.-Gerichtes L. in der Pfalz wegen Dringlichkeit der Sache die Erlaubniß, die Großmutter seines Pupillen, bei der sich der letztere zufällig aufhielt, auf kurze Frist laden zu dürfen, um sich zur Herausgabe desselben verurtheilen zu sehen. Am 18. wurde diese Ladung auf den folgenden Tag zugestellt und am 19. fand die Verhandlung im summarischen Prozesse statt. Hiebei schützte die Beklagte die Nichtigkeit der Ladung als zu spät zugestellt vor, ihr Sohn, der Vater des Pupillen, der sich zufällig im Gefängnisse befand, intervenirte von hier aus, beide baten um Vertagung, um ihre Vertheidigung besser vorbereiten zu können, Alles vergebens, das Gericht hielt die Sache zurück, die Verhandlung mußte auf der Stelle gepflogen werden. Hierauf wurde ein Urtheil verkündiget, welches die Voreinreden, namentlich die der nichtigen Ladung verwarf, die Hauptbeklagte nach den Bitten der Klage zur Herausgabe des Kindes verurtheilte, die Intervention des Vaters, weil er schon vorher der Vormundschaft über sein eigenes Kind entsetzt war, zurückwies, alles zusammen, Klage, Vertagungsgesuch, Voreinreden und Intervention, war am dritten Tage erlediget. Wäre das Urtheil für provisorisch vollstreckbar erklärt worden, so konnte es schon am vierten Tage vollzogen sein; es wurde jedoch erst den 20. März 1855 in II. Instanz bestätiget und ging somit nach drei Monaten in Rechtskraft über.

siegreich, nirgends die Kraft entwickelt, ihn aus dem Felde zu schlagen, woraus sich der längste Verschleif der anhängigen Sachen erklärt. Die ganze Absicht neuerer Gesetze, eine Art mündlicher Verhandlung an die Stelle der langen und breiten Prozeßschriften zu setzen, ist längst vereitelt und in den alten Schriftenwechsel, der sich in drei Tagfahrten herabstuft, hinübergespielt, durch das Vorgeben der Anwälte, erst Rücksprache mit ihrer Partei pflegen zu müssen; die meisten Akten bestunden seither aus einer Klage und drei ganz kurzen Protokollen, worin eine dicke Vernehmlassung, Re- und Duplik eingelegt sind. Etwas ernstliches ist an jener Vorgabe nicht, sie will nur so viel sagen, man brauche Zeit, um eine lange Schrift auf dem alten Fuße anzufertigen. Die Meinung des Gesetzes, die beiden Schlußschriften in dasjenige umzuschaffen, was die motivirten Anträge vor den Schwurgerichten sind, die jeder Praktikant als Vertheidiger aus freiem Kopfe niederschreibt, ist in Nichts zerflossen; kein Richter hat das Ansehen oder versteht es zu gebrauchen, auf der Stelle zu erwiedern: Ihr hattet Zeit genug, Euch genau zu erkundigen, die Einwendungen vorherzusehen oder eure Partei mit herzubringen; bleibt da und replicirt auf der Stelle, außerdem seid Ihr ausgeschlossen. Würde es je Einer versuchen, so lähmte eine Verwahrung und die nachfolgende Abänderung des Oberrichters sicher allen Erfolg. Jedes Fristverlängerungsgesuch, wenn nur etwas bescheiniget, nimmt dadurch die gebieterische Bedeutung an: ich erkläre hiemit, daß ich die mir gebührende zweite und dritte Frist selbst herausnehme. Kein Richter darf sagen: Beschränken Sie sich auf Bemerkungen, wozu Sie höchstens noch eine halbe Stunde Zeit haben, welche genügt, um alles Erhebliche zu diktiren. Der am häufigsten vorkommende Verbittungsgrund, zu einer anderen Tagsfahrt geladen zu sein, ist ganz unhaltbar; der Anwalt kann leicht einen Collegen, und sollte lieber einen Concipisten substituiren dürfen; eine persönliche Information, die sich nicht aus den Handakten augenblicklich schöpfen ließe, gehört nur selten zur Abwartung eines Termines; die umgekehrten Fälle müßten für ihn den Ausfall an Gebühren wieder decken. Mit Zulassung einer einmaligen Fristverlängerung, beschränkt auf die Hälfte der ersten Dauer, wäre gewiß Alles erschöpft, was die Billigkeit nur immer wünschen und erheischen kann; der 30tägige Termin verwandelte sich dann von selbst in einen 45tägigen, der von 14 Tagen in einen von drei Wochen.

2) Unter die Herrschaft der Umstände fällt überdies noch die

Würdigung aller Anstände und Bedenken, welche sich in Ansehung der Förmlichkeit, Glaubwürdigkeit und vollen Kraft von Beweismitteln und Beweisbehelfen ergeben, also insbesondere die Unverdächtigkeit einer Urkunde oder die Mängel derjenigen, welche im Ganzen nicht unverdächtig sind, die Würdigung, ob und wie weit der blos erzählende Inhalt einer Urkunde in unmittelbarer oder blos mittelbarer Verbindung mit der darin enthaltenen Verfügung stehe, dann ob der erstere von einem Standpunkte aus eingeflossen sei, welcher eine genaue Kenntniß und Bekundung der Wahrheit verbürgt, d. i. der Werth des Referens sine relato; die Beurtheilung des sicheren Datums von Briefen und Correspondenzen, ferner aller Urkunden in Handelssachen; die Würdigung aller nicht förmlichen oder gegen den Widersacher nicht völlig beweiskräftigen, übrigens in ihrer Aechtheit nicht verdächtigen Urkunden als Vermuthungsgründe; die Würdigung jeder Art Bescheinigung und des Zureichens einer oder mehrerer Urkunden, um eine solche herzustellen; die Annahme des beiläufigen Inhaltes verloren gegangener oder sonst nicht mehr zugänglicher Urkunden. In gleicher Weise die Erheblichkeit und Zulässigkeit aller Beweisartikel und Fragestücke für Zeugen, mit Rücksicht auf eine genügende Wahrscheinlichkeit, und zwar nicht blos da, wo es sich um die Rescission eines Kaufes wegen übermäßiger Verletzung handelt, nach Art. 1677 C. N., sondern auch in allen übrigen Fällen; die volle Glaubwürdigkeit oder Bedenklichkeit von Zeugen und Zeugenaussagen und ihre verschiedenen Grade, die Würdigung dessen, was Zeugen vom Hörensagen wissen oder worüber blos ein gemeiner Ruf verbreitet ist; die Würdigung schriftlicher Zeugnisse oder brieflicher Aeußerungen dritter Personen als unbeschworne Aussagen und Nebenhelfe; die Wahl zwischen den abweichenden Gutachten mehrerer Sachverständigen und selbst das Verlassen ihrer einstimmigen Ansicht.

Ueber alles dieses wird unten in den betreffenden Abschnitten von den einzelnen Beweismitteln das Nähere vorkommen.

3) Ganz das Nämliche gilt auch von der Beurtheilung aller Gefahr auf Verzug, des Bedürfnisses provisorischer Verfügungen und erhaltsamer Maaßregeln, nebst der dazu gehörigen Bescheinigung, sowie der Art, des Umfanges und der Dauer ihrer Verhängung — oder eines Anlasses zu ihrer Zurücknahme; die Zuerkennung eines respektiven Liquidums, wenn eine Forderung zwar gewiß, ihr Belauf aber noch ungewiß ist und das Gewisse sich in einen beiläufigen Anschlag bringen läßt, was man eine Verurthei-

lung par provision zu nennen pflegt. Eben dahin gehört auch noch die annehmbare Kenntniß und stillschweigende Genehmigung dessen, was ein Anwalt ohne Vollmacht für seine Partei handelte, im Falle diese selbst auftritt und durch eine Mißbilligung die Verhandlung der Sache von vorne beginnen will, gleichwie nicht minder die Prüfung und Feststellung aller Werthsanschläge zum Behufe von Bestimmungen der Competenz oder Prozeßart oder der Zuläßigkeit von Rechtsmitteln. Auch außerdem hängt die Competenz in denselben Angeln; denn der Wohnort einer Person wird nach den Umständen bemessen, und die Zuständigkeit der Handelsgerichte ist weniger dadurch bedingt, daß Jemand ein Kaufmann sei, als daß er sich als solcher gerirte. (Anh. I. Nr. 38, 204—206.) Die Bestätigung der kaufmännischen Nachlaßverträge und die Rehabilitation der Falliten wird auf demselben Fuße behandelt. (Anh. I. Nr. 185—187.)

4) Die Lehre von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Begebung der Rechtsmittel hat die bayer. GO. K. XV. §. 10 in nächstem Bezuge auf die Appellation aufgestellt und den stillschweigenden Verzicht durch ein beigefügtes Beispiel erläutert. Diese Vorschrift wird oft vernachläßiget oder in zu enge Gränzen eingezwängt. Sie ist zwar nur in dem Kapitel von den ordentlichen Rechtsmitteln aufgestellt, ihrer Natur und Bestimmung nach sowie im Geiste des Gesetzes erstreckt sie sich gewiß auch auf die außerordentlichen und namentlich auf das Rechtsmittel der Nullitätsbeschwerde. Es ist richtig, die GO. hat die letztere als besondere Klage erfaßt und deshalb dreißig Jahre lang zugelassen, allein gewiß nur in dem Sinne, so lange noch res integra und Nichts als der Zeitablauf allein in Mitte getreten ist. Sobald aber eine Partei, von einem ihr zustehenden Nullitätsbehelfe unterrichtet, es unterläßt, ihn da geltend zu machen, wo sie dringend dazu veranlaßt war, sobald sie Anträge stellt, die auf der Voraussetzung beruhen, das anfechtbare Urtheil oder Verfahren sei kräftig, sobald sie einen Nullitätsgrund verfolgt und dabei unterläßt, einen zweiten, den sie im Hinterhalte bewahrt, damit zu verbinden, kann man fragen, gibt es wohl einen besseren und weniger zweideutigen Anhaltspunkt, um die stillschweigende Begebung daraus herzuleiten, als eine solche Beruhigung, ein so passives Verhalten? Das Kapitel XV. der GO. bringt nicht etwa blos die eigenthümliche Beschaffenheit der ordentlichen Rechtsmittel zur Sprache, weil die außerordentlichen im K. XVI. nachfolgen, es gibt zugleich eine Art allgemeinen Theil

für alle Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, in Ansehung deren ihr eigenthümliches Wesen nicht etwas Besonderes mit sich bringt[49]).

Im französischen Prozesse hat der stillschweigende Verzicht auf die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe jeder Art unter dem Titel der Acquiescenz eine besondere Ausbildung gefunden, an welche sich die Lehre vom gerichtlichen Vertrage — contrat judiciaire — zunächst anschließet. Unter dem letzteren versteht man jedes stillschweigende, aus den Umständen zu entnehmende Uebereinkommen der Parteien über einen Punkt des gerichtlichen Verfahrens, der ihrer Verfügung freigegeben und wobei nicht ein Interesse der öffentlichen Ordnung mit im Spiele ist. Da der größte Theil der Prozeßleitung sich dort in den Händen der Anwälte und Gerichtsboten befindet, so muß natürlich dieser gerichtliche Vertrag eine weit häufigere Wiederkehr seiner Anwendung finden. Die Grundsätze, welche die Praxis in Bezug auf die Acquiescenz allmählig entwickelt hat, stimmen so ziemlich mit denen der bayer. GO. überein; welche besondere Ausdehnung in Kraft derselben Regeln der Exceptio litis finitae gegeben ist, wurde bereits oben im III. Abschnitte (S. 94 litt. i) erwähnt. (Anh. I. Nr. 198, 199.)

5) Vor allem Uebrigen wohlthätig und zur Nachahmung empfehlungswerth ist an letzter Stelle noch die große Leichtigkeit und sichere Gewandtheit, mit welcher die französischen Gerichte die Prozeßkosten vertheilen, die Prozeßschäden festsetzen, die volle Genugthuung unter dem Namen der Schäden und Interessen in einen freien Anschlag bringen, nicht nur jene, welche der unterliegende Theil seinem Gegner als bereits verwirkt zu ersetzen hat, sondern auch das Interesse an dem unverzüglichen Vollzuge eines Urtheiles und einer darin enthaltenen Auflage, welches in Form einer Bedrohung mit Schadensersatz oft für jeden Tag oder jede Woche des Saumsals in einen kräftigen Voranschlag gebracht wird. Dieser Punkt wird unten im letzten Abschnitte seine nähere Entwicklung finden. Die Kosten werden immer demjenigen mit Recht aufgebürdet, der solche durch sein Verschulden veranlaßt hat, auch die der höheren Instanzen, gleichwie auch diejenigen, welche mit dem schuldhaften Anlasse des Streites nur in einem mittelbaren oder entfernten Zusammenhange stehen.

In der deutschen Rechtspflege wird ganz regelmäßig der Schaden, welcher durch einen verlornen ersten Prozeß zugefügt wurde,

49) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XX. S. 335.

z. B. durch eine unterliegende novi operis nunciatio, einen grundlos angelegten Arrest oder die vorübergehende Sperre eines Gewerbes, weil dasselbe erloschen sei, zum Gegenstande eines zweiten gemacht, der sich mit seinem breiten Beweisverfahren viel länger und weitläufiger fortspinnt, als der erste, mit welchem jener Folgepunkt doch sogleich auf die leichteste Weise erlediget sein könnte. Diese Bemerkung läßt sich mit vielen Beispielen belegen. Mit großer Leichtigkeit wird überdies im deutschen Prozesse zur Compensation der Kosten übergegangen, als einem Mittel, sich gegen Niemand strenge zu zeigen; denn ganz niederschlagen lassen sich dieselben einmal doch nicht wohl. Man sollte glauben, eine Partei habe das Recht, die andere durch das Anfangen eines ungerechtesten Prozesses, wenn es ihr gelang, den Richter in den Irrthum mit hinein zu ziehen, wenigstens theilweise zu brandschatzen. Das beste und vorherrschende Kriterium für die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, ist das Unrecht in der Hauptsache, welches auch bis in die höheren Instanzen mit hinauf wirken sollte. Angenommen, es ist einem Kläger durch das vorsätzliche oder doch sonst grobe Verschulden seines Gegners der empfindlichste Schaden zugefügt, dessen Ersatz aber die erste und zweite Instanz unerklärbarer Weise nicht zuerkennen will, wenn er ihn nun in der dritten zugesprochen erhält, was ist die Folge? Daß die Kosten der beiden höheren Instanzen verglichen werden. Der in vollem Rechte befindliche Kläger muß also noch dafür büßen, daß die Gerichte sein Recht nicht einsahen, während jene Kosten offenbar eine mittelbare entfernte Folge der Schuld seines Gegners waren und eben deshalb auch nur diesen treffen sollten, in der französischen Praxis auch immer diesem aufgebürdet werden. Die Anmerk. zur bayer. GO. haben die Abänderung eines Urtheiles in höherer Instanz nur beispielsweise als möglichen Grund zur Compensation der Kosten angeführt; die schuldhafte Veranlassung des ganzen Prozesses in der Quelle sollte diesem Grunde offenbar vorgehen. Dafür hat die GO. selbst K. XVII. §. 4 Nr. 8 verordnet, „man solle zur Verhütung muthwillig und unnöthiger Streitigkeiten die Kosten nicht mehr so leicht compensiren, auch das Quantum bei dem Ausspruche per aversum in dubio allzeit mehr erhöhen als vermindern." Diese Vorschrift ist aber in dem allgemeinen Hange zur Milde und prozessualen Amnestie längst untergegangen[50]).

50) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Kupferschmied verfertigte einem Bierbräuer eine kupferne Pfanne und hielt die ihm sogleich abverlangte Rechnung

Wenn der gegenwärtige Abschnitt bei dem Thema der Vermuthungen und Schlußfolgerungen länger verweilte, als vielleicht nöthig scheinen mag, so geschah es nicht deshalb, um diesen Gegenstand zu erschöpfen, was ohnedies bei seiner weit verzweigten Ausbreitung nie möglich wäre, sondern nur, um eine recht eindringliche Vorstellung davon zu geben, mit welcher Fertigkeit sich die französischen Gerichte in dem schnellflüssigen Elemente der Conjecturalprobe bewegen, und wie groß, wie unentbehrlich für ein kraftvolles Wirken ihrer Gerichtsbarkeit die Freiheiten sind, in deren heilsamen Besitz dieselben eine vieljährige Angewöhnung gesetzt hat. Die Beispiele hiefür, welche der I. Anhang in seiner VI. Gruppe aufgestellt hat, werden leicht das Uebrige thun. Der langen Rede kurzer Sinn drängt sich fast in einem einzigen Worte zusammen, es ist die Rückkehr zu der praktischen Idee des bürgerlichen Wahrspruches, die hier allein Rath zu schaffen vermag. So weit nicht ein gerichtliches Geständniß oder eine Urkunde reicht, muß der Richter volle Freiheit haben, den Sachverhalt nach eigener Umsicht festzustellen; das Urtheil über die Thatsachen des Prozesses ist schon von Haus aus ein Semperfrei auf dem Rechtsboden und muß in sein angestammtes Recht wieder eingesetzt werden. Wir finden diese Lehre in unserer eigenen Rechtsgeschichte, wir finden sie in dem ältesten und angesehensten unserer fremden Rechtsbücher, wo bereits Kaiser Diocletian in C. 19 de rei vind. (3, 32) verordnete: Indicia certa, quae jure non respuuntur, non minorem probationis quam instrumenta continent fidem. *Quo jure uti... non prohiberis.*

---

absichtlich so lange zurück, bis die Pfanne fest eingemauert war. Nunmehr aber verrechnete er ein übermäßiges Gewicht des verwendeten Kupfers, so daß sich der Bräuer nur erbot, die Hälfte zu bezahlen, welche er glaubte, daß verbraucht sein könne. In dem hierüber entstandenen Prozesse ließen es beide Theile darauf ankommen, die Pfanne wieder heraus zu reißen und abzuwiegen, was natürlich bedeutende Kosten veranlaßte. Es zeigte sich, daß die Pfanne nur drei Viertel des verrechneten Kupfers wog, der Kupferschmied also um ein Viertel zu viel angesetzt, der Bräuer um ebensoviel zu wenig angeboten hatte. Wer sollte nun jene Kosten der Probe tragen? Offenbar der Kupferschmied, welcher wissentlich und betrüglicher Weise weit mehr angesetzt als verbraucht hatte, während sich der Bräuer nur auf sein Augenmaaß verlassen mußte, um sein Angebot zu reguliren. Die Kosten wurden aber dennoch verglichen, nach der alten Regel, weil Kläger zu viel gefordert, der Beklagte zu wenig angeboten, beide also theilweise im Unrechte gewesen und unterlegen seien.

Sechster Abschnitt.

Das deutsche und das französische Beweisinterlokut. Keine Rechtskraft des letzteren; Verbindung der Beweise als Zwischenpunkt mit der Verhandlung der Sache.

Eines der gewaltigsten und am tiefsten eingewurzelten Vorurtheile in der Anschauung des deutschen Rechtsgelehrten ist der Glaube an die Nothwendigkeit und absolute Vortrefflichkeit des Beweisinterlokutes, die Ueberzeugung von der Unentbehrlichkeit des Beweisthemas und das warme Festhalten an seiner Rechtskraft als einer vorläufigen Entscheidung aller Rechtsfragen, welche eine Streitsache darbietet, in der Hypothese und durch alle Instanzen, hinter welche die Erhebung der dazu gehörigen und noch streitigen Thatsachen in einen zweiten Abschnitt des Verfahrens verwiesen wird und ganz widernatürlich den Nachgang zu nehmen hat. Auf keinem anderen Punkte des gerichtlichen Verfahrens üben die Macht der Gewohnheit und die Vorliebe für den getretenen Weg einen so starken Druck auf eine freie Erhebung des Geistes und den Aufschwung einer gesunden Kritik aus, als an dem Scheidewege, zu dem jene Frage hinführt. Unter dem Schutze dieser ihm günstigen Umstände ergeht sich das Beweisthema im deutschen Prozesse zu einer unbändigen Breite und zu einer ganz unverdienten Wichtigkeit; beinahe kein Prozeß geht mehr ohne Beweisauflage, keiner ohne die Führung eines weitläufigen Beweises aus. Der Grund hievon ist ganz einfach und liegt auf flacher Hand. Ein Anwalt widerspricht jedes Faktum, was ihm ungelegen von der anderen Seite entgegenkömmt, schiebt aber selbst auf gut Glück vor, was seiner Sache nützen könnte; das Gericht dagegen setzt jedes Faktum zum Beweise aus, was ihm erheblich scheint und doch als widersprochen im Wege liegt. Vorkommnisse dieser Art finden sich aber in allen Sachen und beinahe auf jedem Schritte einer Verhandlung ein. Die Gerichte sind in dem Grade daran gewöhnt, die Vermittlung des Beweisthemas für unerläßlich zu halten, daß sie selbst jeden Anstand, der sich über eine Thatsache ergibt, in jene langwierige Bahn einzwängen. Zwei kurze Beispiele mögen hievon eine Vorstellung geben. Die Verhandlung einer Sache vom kleinsten Zuschnitte hatte nur die beiden ersten Seiten eines Bogens eingenommen, auch der Kläger seinen Zeugen sogleich mit zur Stelle gebracht; was that nun der Richter? Er erkannte auf der dritten Seite auf Beweis, und nachdem Kläger diesen sogleich anzutreten

erklärte, so vernahm er auf der vierten den Zeugen, alles in einer Stunde. (RNr. 1381, 54/55.) In einem anderen Falle hatte sich eine Partei über ihre Verurtheilung in die Gerichtskosten beschwert; der oberste Gerichtshof verordnete deren vorläufige Festsetzung, um die erforderliche Revisionssumme beurtheilen zu können. Hierunter kamen auch 56 fl. außergerichtliche Kosten vor, welche sich nicht aus den Akten ersehen ließen. Es wurde daher im mündlichen Verhöre darüber verhandelt und sodann den Beklagten der Beweis auferlegt, a) daß der eine von ihnen in der fraglichen Angelegenheit drei Reisen nach A. und drei Reisen nach H. unternommen, b) daß der andere in derselben Sache sieben Reisen nach X. und Y. oder wie viel weniger unternommen habe. Dieser Beweis wurde dann umständlich geführt; jenen Beklagten blos eine summarische Liquidation aufzugeben, war Niemand eingefallen. (RNr. 1671, 53/54.) [1a]).

Das Beweisinterlokut ist zu einem wahren Gemeinplatze der Urtheilsfindung im deutschen Prozesse herabgesunken, zu einer bequemen olla potrida für die Zweifel rathloser Richter, von der man sicher ist, daß sich aus ihrer Abdampfung zuletzt ein Endurtheil wie immer erheben müsse. Ein Versuch, das Beweisthema aus dem deutschen Prozesse zu verdrängen oder auszuweisen, wird ebendeshalb gewiß mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen haben; und dennoch ist das Durchdringen hiemit nothwendig, um die Ermittlung des Sachverhaltes wieder auf eine natürliche und vernünftige Bahn zurückzuführen. Das einzige Mittel hiezu könnte nur in einem positiven und unerbittlichen Gebote für alle Parteien bestehen, jeden Beweis, den das Interesse ihrer Sache erheischt, aus eigenem Antriebe im Laufe der Verhandlung selbst anzubieten oder mit der ersten Handlung freiwillig anzutreten, welcher die Einsicht seines Erfordernisses vor Augen schwebt, was man bisher den Beweis anticipiren nannte.

Natürlich ist das Beweisinterlokut mit seiner Rechtskraft gewiß nicht; vielmehr findet sich der natürliche Grundsatz aller Urtheilsschöpfung: Da mihi factum, dabo tibi jus darin gerade umgedreht [1b]).

1a) In dem Anh. II. Nr. 12 vorkommenden Falle wurde der Ersatz für eben dergleichen während der langen Dauer des Prozesses erforderliche Reisen vom obersten Gerichtshofe arbitrarisch festgesetzt. (RNr. 733, 57/58.)

1b) Vgl. Heffter's Institutionen des Civilprozesses, Buch II, Tit. 2 §. 46, wo es heißt: „Es gibt an sich keinen hinreichenden Grund, die Vorlage und gleichsam Manipulation der einzelnen Beweismittel, welche in einem Prozesse vorkommen sollen, erst dann eintreten zu lassen, nachdem unter den Parteien

In seiner heutigen Gestaltung, wie wir dasselbe breit geschlagen finden, ist dasselbe nichts Anderes, als eine künstliche Aufschichtung von Subtilitäten und formalen Idiotismen. Unerachtet jener Befangenheit der Ansichten zu seinen Gunsten geben die Wände aller Gerichtssäle einen täglichen Widerhall von Anklagen gegen das Beweisinterlokut. Viele hundert Urtheile würden anders ausfallen und zahlreiche Stimmen der Sache einen entgegengesetzten Ausgang bereiten, „wenn nicht bereits rechtskräftig auf Beweis erkannt wäre, das Beweisthema nicht unumstößlich feststünde.“ Diese letzteren Worte sind die gewöhnliche Einleitung zu einem formell gebundenen, aber der besseren Ueberzeugung widerstrebenden Votum. Warum läßt man also dem schneidenden und sichtbaren Unrechte ein so mächtiges Bollwerk seiner sinnlosen Herrschaft aufrecht stehen?

Zahlreich und tief einschneidend sind die Uebelstände, welche das rechtskräftige Beweisinterlokut in seinem Gefolge hat, noch größer die Mißbräuche, welche in der Praxis damit getrieben werden; eine kritische Zergliederung seines ganzen Wesens wird den praktischen Werth dieser gangbaren Prozeßform auf weniger als nichts zurückführen.

1) Das erste und bei weitem das erheblichste Verdienst, was man von dem rechtskräftigen Beweisthema rühmt, besteht darin, daß dasselbe der ganzen Beweisführung einen festen Boden unterbreite, eine bestimmte Richtung anweise und ein sicheres Ziel vorstecke, auf welches beide Theile leicht im Stande sind, bei ruhigem Winde hinzusteuern. Wenn der alte Spruch wahr ist: judici fit probatio, sagt man, so soll der Richter auch vor Allem angeben, was er erprobt sehen will und was er zu seinem Urtheile erwiesen braucht. Dieser Zweck wird indessen in vielen Fällen nicht erreicht, und in keinem aufgewogen von dem auf der anderen Seite drohenden Nachtheile, daß hiedurch das gute Recht selbst in eine falsche Bahn eingelenkt und die Entscheidung einstweilen auf die Annahme von Vorgängen gesetzt werde, welche der wahren Geschichte völlig widersprechen oder doch theilweise fremd sind, und welche ihren Vorschub nur den einseitigen und willkührlichen Anführungen der

---

schon weitläufiger in der Sache debattirt worden ist. Viel natürlicher würde es sein, das Vorbringen der Beweismittel den Parteien bei Gelegenheit ihrer einzelnen Vorträge in der Sache, wie es das jedesmalige Bedürfniß mit sich bringt, zu gesinnen. Ebenso ist an sich kein natürlicher Grund vorhanden, von den Parteien die Vorlegung all' ihrer Beweismittel auf einmal bis zu einem gewissen Zeitpunkte zu verlangen.“

Parteien oder wenig bedenklicher Anwälte verdanken. Durch die unwandelbare Fixation des Beweisthemas geht ein kostbarer Vortheil verloren für das ganze Verfahren, für das unverrückte Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit, den die Art. 173 und 178 des bayer. Strafprozeßgesetzes v. 1848, obwohl gleichfalls dem Anklageprozeß angepaßt, dennoch auf die einfachste Weise erreichbar gemacht haben, die Möglichkeit nämlich, daß das Endurtheil auf alle bewahrheiteten Thatumstände gegründet werden kann und darf, wie solche in den ersten Prozeßschriften bereits enthalten waren oder wie sie sich bei der Beweisführung erst neu herausgestellt haben; diese letzteren würden häufig das verfolgte Recht begründen, während von den ersteren irgend ein unerwiesen gebliebener Umstand das ganze Gebäude der Verhandlung und Beweisführung ohne alle Noth wieder umstürzen kann. Zahlreiche Entbindungen von der Klage in der angebrachten Art könnten vermieden werden, wenn dem Kläger und Beklagten nach durchgeführtem Beweise noch immer frei stünde, in motivirten Anträgen und mündlicher Entwicklung ihr ursprüngliches Begehren auf die Gewißheit jener Thatsachen zu stützen und daraus herzuleiten, welche das Beweisverfahren als erprobt und gewiß zum Ergebnisse lieferte. Es ist eine durchaus unbillige und mit nichts zu rechtfertigende Anforderung an die Parteien, bei der Verhandlung der Sache ihr Vorbringen so genau aufzustellen und zu begränzen, daß sich seine Bewährung auch unverändert erwarten und erstreben lasse; in vielen Fällen hat eine Partei selbst die Mittel hiezu gar nicht in ihrer Gewalt, wie namentlich da, wo künstliche Umtriebe oder hinterlistige Schleichwege in Frage stehen, welche ein Recht begründen oder wieder verschwinden lassen, ebenso bei den meisten Entschädigungsklagen, wobei gewöhnlich der Gegner Alles aufgeboten hat, sein ganzes Benehmen und den wahren Verlauf der Sache in dem Dunkel des Geheimnisses zu verhüllen, dem Kläger aber keine Art Voruntersuchung und auch sonst kein verlässiges Mittel zu Gebote steht, um zu erfahren, was die Zeugen denn eigentlich wissen und was sie bestätigen werden. Sagen nun ein oder mehrere Zeugen wirklich etwas anderes aus, als man nach der ersten Erkundigung von ihnen anzunehmen Ursache hatte, so ist ihre Angabe entweder für die Sache und diese oft selbst damit verloren, oder es folgt die Bitte um Wiedereinsetzung gegen das rechtskräftige Beweisinterlokut wegen neuen Auffindens eines Beweismittels auf dem Fuße nach, als eine neue und weitaussehende Umständlichkeit, die sich doch

so leicht hätte vermeiden lassen. In jedem Falle wäre selbst ein Versehen, durch eine ungenaue Information des Anwaltes oder eine nachläßige Erkundigung der Partei vor erhobener Klage begangen, mit dem Verluste der Sache oder doch dem der Kosten des ersten Streites ohne Noth und viel zu hart bestraft.

2) Die Beweisauflage und ihre Rechtskraft soll überdies eine weise Oekonomie des Verfahrens bezwecken, eine Ersparniß an Zeit und Kosten ermöglichen und verhindern, daß nicht offenbar grundlose Klagen oder solche, welche durch liquide Einreden überwältiget oder auch bereits selbst in ihrer thatsächlichen Grundlage hinlänglich festgestellt sind, zum Gegenstande nutzloser Beweise, überflüssiger Gegenbeweise, direkt wie indirekt, und weitläufiger Erhebungen gemacht werden. Dieser Vorzug kann unmöglich für ernst gemeint gelten; denn das ganze Prinzip der Eventualmaxime, die den deutschen Prozeß doch so strenge beherrscht, beruht ja ganz offenkundig auf dem Streben, Rechtsbehelfe und Erhebungen, welche nur möglicher Weise durch einen späteren Wechselfall in die Linie der Relevanz und Erforderlichkeit einrücken können, für den Nothfall und jeden etwa eintretenden Umschlag der Dinge mit den voranliegenden Hilfsmitteln, die schon für sich allein durchgreifen könnten und durchzugreifen bestimmt sind, zu verbinden und in eine vorsorgliche Bereitschaft zu setzen. Auf solche Weise müssen mehrere Klagegründe und insbesondere mehrere Einreden miteinander verbunden, gegen eine Klage muß excipirt werden, ehe sie noch erwiesen ist und ohne Rücksicht auf die Voreinrede, welche ihr gleich auf der Schwelle den Eintritt in die Würdigung des Richters versperren soll; Beweis und Gegenbeweis, selbst der indirekte, werden zu gleicher Zeit auferlegt, angetreten und durchgeführt, während doch die beiden letzteren, im Falle die Klage unerwiesen bleibt, offenbar nutzlos werden; gegen Instruktionsbeschwerden kann nur eine Verwahrung eingelegt werden, deren späterer Erfolg das ganze nachfolgende Gebäude der Verhandlung am Ende wieder mit dem Einsturze bedroht. Warum also gerade hier das Widerstreben gegen Etwas, was möglicher Weise überflüssig werden kann, so weit treiben, um zwischen die Klage und Einrede auf der einen Seite und ihren Beweis auf der anderen ein endgültiges Urtheil über den rechtlichen Werth der Gründe, auf denen beide beruhen, in die Mitte zu schieben? Jener Einwurf hat nur insolange einigen Klang, als ein Beweisverfahren die colossalen Dimensionen einnimmt und mit seinem Schweife ausfüllt, in welche wir heutzutage seine mühsame

und unabsehbare Abwicklung verstrickt finden. Sobald dagegen die Erhebung aller Beweise auf das geringste Maaß der formalen Erfordernisse zurückgeführt ist, welches eine gleiche Sicherheit der erlangten Ergebnisse verträgt, sobald insbesondere der Urkundenbeweis an der Stelle des weitwendigen Produktionsverfahrens auf eine dem Gegner vor seiner Erklärung offen gestellte Einsicht der Originalien beschränkt, der Zeugenbeweis dagegen in ein Kreuzverhör des Richters über die erheblichen Umstände ohne Beiladung der Theile umgeschaffen sein wird, von diesem Augenblicke an muß jede Befürchtung eines leicht vermeidlichen und eben so kostspieligen als aufhaltsamen Aufwandes von Beweiserhebungen vor der Prüfung des Einflusses, der ihnen auf das Endurtheil zukommen mag, verstummen. Von einem Beweisverfahren, welches immer leicht in einem oder zwei Monaten beendiget sein kann, ist gewiß weder Verzögerung noch Ueberladung des stofflichen Theiles der Entscheidung zu fürchten.

3) Das Beweisthema sollte seiner Bestimmung gemäß ein genau präcisirter Ausdruck des Grundes der Klage oder Einrede sein, welcher, wenn nur einmal erwiesen, der treffenden Partei den Sieg für ihr daran geknüpftes Begehren verschaffen muß. So ist es wenigstens die Absicht der GO. K. IX. §. 1; es sollte daher in einem klassischen Beweisthema kein Wort zu viel stehen und keines zu wenig fehlen. Allein in der Wirklichkeit verhält sich die Sache ganz anders. Viele Untergerichte, anstatt das Wesentliche an dem Grunde eines Rechtsbehelfes sorgfältig auszuscheiden und alle überflüssigen Blätter, in die das Herz verhüllt ist, vorerst abzubrechen, gehen hierin so nachläßig und unbedachtsam zu Werke, daß sie vielmehr nur einige beiläufig erhebliche Sätze aus der Klage und Einredeschrift ausheben, wie sie im Ganzen genommen zur Sache gehörig scheinen, und solche ohne sonderliche Auswahl und Kritik in ein Beweisthema unterbringen. Man hört dieses oberflächliche Verfahren zuweilen mit der Bemerkung rechtfertigen: Die Partei hat es einmal behauptet, so lasse man es ihr auch beweisen; warum behauptet sie dergleichen Dinge! Anstatt also den Anwälten allen Vorschub zu leisten, sich über die Geschichte des Vorgefallenen mit Freimuth und Offenheit bis in die kleinen Einzelnheiten zu erklären, liefert ihnen eine so verkehrte Behandlung der Sache einen willkommenen Vorwand, so wortkarg als möglich zu sein, ihre Reden auf Schrauben zu stellen und ja keinen außerwesentlichen Satz mit einfließen zu lassen, aus Besorgniß, sich die Last auf den Hals zu

ziehen, ihn auch beweisen zu müssen. Auf solche Weise kömmt es, daß man die wunderlichsten Dinge in die aufgestellten Beweissätze mit eingeschachtelt findet, wozu die unten folgenden Beispiele einige auffallende Belege liefern werden. Für so manche Untergerichte bildet das Beweisinterlokut eine bequeme Brücke, um über die Schwierigkeiten verwickelter Rechtsfragen schnell und ohne Mühe hinweg zu kommen. Statt alle Umstände, von denen der Rechtspunkt abhängt, einer genauen Prüfung zu unterwerfen, setzt man die hervorspringendsten zum Beweise aus, nach dem Grundsatze asserenti incumbit probatio, und überläßt es ruhig dem Endurtheile, wie es sich aus den Irrgängen der daraus entstehenden Verwicklungen heraus zu helfen vermöge[2]). Tritt alsdann noch die Rechtskraft hinzu, welche über jedes Wort eine Rechnung verlangt, so verliert sich zuweilen am Ende die rationelle Urtheilsschöpfung in der Rathlosigkeit hin und her schwankender Versuche, für das Endurtheil ein nothdürftiges Geleise ausfindig zu machen[3]).

4) In seiner ursprünglichen Einfalt ließe sich etwa das Beweisthema noch am ersten in Schutz nehmen; aber auf dem Fuße, wie

2) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Gutsherr hatte herkömmlicher Weise eine Brücke über einen kleinen Fluß gegen den Bezug eines Brückengeldes zu unterhalten, klagte aber nun gegen die Distriktsgemeinde auf Abnahme jener Last mit dem daran hängenden Vortheile, weil in jüngster Zeit jene Brücke auf die Zufahrt zu einer Eisenbahnstation gefallen, was eine so erweiterte Frequenz des Fuhrwerkes veranlasse, daß sich die Kosten ihrer Unterhaltung bedeutend erhöhten, während doch das Maaß einer Dienstbarkeit nicht erweitert werden dürfe. Die Gemeinde widersprach, daß in jenem zufälligen Umstande ein statthafter Grund der Befreiung für die Gutsherrschaft liege; was that das Landgericht? Es legte dem Kläger den Beweis auf, daß sein Gut von der Verbindlichkeit zur Herstellung und Unterhaltung der Brücke bei O. frei sei. (RNr. 1127, 56/57.)

3) Zuweilen ist eine genaue Präcisirung der gegenseitigen Beweisauflagen gar nicht ausführbar, wie folgender Fall beweist. In einer Klage wegen erlittener Realinjurien machte der Kläger seinem Gegner siebenerlei verschiedene Mißhandlungen zum Vorwurfe, der Beklagte widersprach die Klage und begegnete ihr überdies mit der Einrede der Nothwehr, indem er behauptete, vorher selbst vom Kläger auf sechsfache Weise angegriffen worden zu sein. Es kamen also dreizehn Thätlichkeiten in Frage; die erste Instanz legte diese alle beiden Theilen copulativ, die zweite alternativ zum Beweise auf; keines von beiden war richtig, der Weg, ein vorgängiges Zeugen- und Gegenzeugen-Verhör zu verordnen, fand sich verschlossen. Der oberste Gerichtshof fand nun durchaus unmöglich, gleich von vorne herein eine so bestimmte Combination in der Verbindung, Stärke und abwechselnden Aufeinanderfolge jener dreizehn Gewaltthaten aufzustellen, daß sich hieraus mit Sicherheit ergeben hätte, wer von den beiden Raufern jedesmal im Angriffe und wer in der Abwehr begriffen war. (RNr. 1458, 55/56.)

wir dasselbe gegenwärtig verflacht finden, ist dasselbe ein großer schlotteriger Packwagen, in den man alles Gerümpel auf gerathewohl hineinwirft, was der Entscheidung auf den Grund der Sache wie immer noch im Wege zu liegen scheint, Rechtsbegriffe oder solche Thatumstände, denen ein rechtliches Element mit beigemischt ist, wie Eigenthum und Dienstbarkeit, Erbrecht und rechtsverjährte Zeit, notorische Thatsachen in Masse oder solche, die sich aus den Umständen des Falles resolviren sollten und leicht ermitteln ließen, wie z. B. eine gewisse Absicht des Gegners, seine Kenntniß von einem Umstande und die Zeit, wo solche ihren Anfang nahm. Die Beispiele hiezu kann man täglich auf dem Boden der gerichtlichen Praxis aufheben, wo man sich nur immer niederbücken mag. Auf solche Weise ergeht sich unser deutsches Beweisinterlokut zu einer schwerfälligen Länge und unverantwortlichen Breite, welche alles billige Maaß überschreiten. Handelt es sich nun darum, dieses Material in eine systematische Anordnung zu bringen, was meistens den Obergerichten zufällt, so entsteht daraus in nicht seltenen Fällen ein chinesischer Thurm von Beweis- und Gegenbeweis-Auflagen. Diese Arbeit erheischt selbst in solchen Fällen, wo nur ein einzelnes Recht in Frage steht, einen unmäßigen Aufwand von Gedanken und Berechnung, von Geist und Voraussicht, von Scharfsinn und Combinationsgabe, um ein künstliches Geflechte von copulativen und alternativen, eventuellen und supereventuellen Beweissätzen, von direkten und indirekten Gegenbeweisgliedern zu einem vernünftigen Einklange zu bringen [4]). Es ist wirklich Schade für die viele Zeit und versplitterte Mühe, für das Nachdenken und Kopfzerbrechen, was nicht selten auf diesen formalistischen Aufbau von Stockwerken verwendet wird; die Einsicht in das Verhältniß und die Verkettung der einzelnen Glieder, wie sie sich wechselseitig bedingen und wieder schlagen, gleich den Steinen eines Damenbrettes, oder sich durch eine nachhinkende Aushilfe mit dem Repliksbeweise wieder aufrichten, nimmt zuweilen das Nachdenken eines Tages zu Hause und die Diskussion einer halben Sitzung im Gerichte in Anspruch. Dem gesunden Menschenverstande bleibt das Ganze unverständlich, ein juristisches Räthsel, von dessen Lösung nur der Eingeweihte eine Ahnung haben und sich daran versuchen kann. Wie der Igel mit Stacheln, so ist das regelrechte Beweisthema des deutschen Prozesses

4) In einer Injuriensache wurden sogar mehrere eingeklagte Realinjurien dem Kläger copulativ und alternativ zugleich zum Beweise auferlegt. (RNr. 1251, 57/58.)

mit Spitzfindigkeiten aller Art aufgespickt, daran eine neue zu entdecken, zu der virtuosen Geschicklichkeit eines mitstimmenden Richters gehört. Die enge Durchfahrt, die das Beweisinterlokut der Beweisführung zum Voraus vorzeichnet, ist voller Klippen und Untiefen; selbst dem Gewandtesten entschlüpft zuweilen eine kleine Blöße der Verkittung, die sich dann der Rechtskraft mit anhängt und das ganze Schiff mit einem unabwendbaren Lecke bedroht. Dazu kömmt noch, daß das künstliche Beweisinterlokut, wie sich dieselbe Erscheinung weiter unten von den Eidesauflagen wieder zeigen wird, eine Menge von Eventualitäten der möglichen Gestaltung des Falles im Voraus entscheiden muß, von denen doch nur eine wirklich eingetreten ist und nur eine einzige sich am Ende als die wahrhaftige herausstellen kann. Der ganze Aufbau mit seinen Schichten und übereinander gestellten Gliedern ist nicht unähnlich einem pyramidenförmig zusammen gelehnten Kartenhause; zieht man unten am Fuße ein einziges Blatt heraus, so stürzt das ganze mühsam geschaffene Werk nach und völlig zusammen. Die wenigen Beispiele an der Spitze des zweiten Anhanges werden diese Bemerkung mehr als beinahe nöthig scheint rechtfertigen; fast jeder Morgen einer Sitzung liefert neue und ähnliche Belege dazu. Kömmt erst gar ein zusammengesetzter und verwickelter Fall zur Entscheidung, worin sich zahlreiche Thatumstände, Klage-, Einrede- und Widerklage-Posten gegenüberstehen, die alle widersprochen auf eine Entscheidung harren, wie dieses namentlich bei Abrechnungen zwischen Gesellschaftern, Handels- oder Gewerbsleuten über einen vieljährigen Geschäftsverkehr, der in Unordnung gekommen, bei Klagen auf Auseinandersetzung von Gemeinschaften, Theilung von Erbschaften, Absonderung des vermischten Vermögens zweier Ehegatten oder des Lehens vom Allode, Ausgleichung über die Verbesserungen und Verschlimmerungen eines Fideicommißgutes und dergleichen der Fall ist, so wächst vollends das Beweisinterlokut mit seinen vielen Gliedern zu einem onus camelorum heran, welches vier bis sechs und noch mehr Blätter des Urtheilssatzes ausfüllt. Die Durchführung eines solchen Beweises und die Entwirrung seiner Resultate gehört zu den unerquicklichsten Riesenarbeiten, womit die Quälgeister unseres Rechtslebens den Dienst der Gerichte dem Ueberdrusse bis zur Erschöpfung preisgeben[5]).

5) In einer verwickelten Sache über eine kirchliche Baulast legte der erstrichterliche Zwischenbescheid beiden Theilen mehrere copulative und alternative Beweise auf, in jeder der beiden höheren Instanzen wurde an diesen Beweissätzen

5) Man rühmt an dem deutschen Beweisverfahren mit dem an seiner Spitze stehenden Interlokute, daß es alle Beweismittel zu einem geschlossenen Cyclus von Erhebungen zusammenfasse und ihnen einen gleichmäßigen Fortlauf auf ein festes Ziel hin sichere. Dieser Vorzug, obwohl nicht unbedeutsam, ist seit langer Zeit blos nominell und scheinbar geworden, in der Wirklichkeit aber längst verschwunden; die vielen Restitutionsgesuche auf jedem Tritte des Verfahrens und die Leichtigkeit, sich die Wiederherstellung meistens blos mit Hilfe eines sehr zweideutigen Eides über neues Auffinden zu verschaffen, haben jene vermeintliche Einheit der Handlung nicht blos gestört und unterbrochen, sondern, man kann mit Recht sagen, völlig aufgehoben; vielmehr bildet gerade umgekehrt die Disjunktion und Zerklüftung der Beweisgründe in verschiedene Abschnitte des Verfahrens eine fühlbare Schwäche des deutschen Prozesses, weil sie leicht dazu beiträgt und es oft unvermeidlich macht, die wahren Gesichtspunkte zur Auffassung einer ganzen Kette von Thatsachen und zur richtigen Beurtheilung ihres Zusammenhanges zu verrücken oder unzugänglich zu machen. Die sogleich anerkannten Urkunden und die liquiden Vermuthungen kommen in der ersten Verhandlung, die übrigen Urkunden, die Zeugenverhöre und Eidschwüre im Beweisverfahren vor; beide sind dadurch auseinander gehalten und auf zwei Gesichtskreise der Würdigung vertheilt, während doch schon der erste Blick auf das Wesen der Sache dahin drängt, alle Erkenntnißgründe der Wahrheit eines Faktums in einer kollektiven Uebersicht zu vereinigen. Die Vermuthungen und Umstände des Falles, dieses wichtige Element, um die Ansicht der Richter zu leiten und zu bekräftigen, gehen dadurch für die Prüfung der Beweise meistens verloren; denn die Auflage eines Beweises scheint die Gründe für die Annahme eines Umstandes, welche bereits in den Akten vorliegen, für Nichts zu erklären[6]). Vermöge

manches geändert, aber überall mit dem üblichen Zusatz, im Uebrigen werde das angefochtene Urtheil bestätiget. Als die Sache nach durchgeführtem Beweisverfahren im 34. Jahre von der erhobenen Klage an bei dem obersten Gerichtshofe wieder zur Vorlage kam, wurde auf den umfassenden Vortrag des Referenten eine halbe Sitzung hindurch (es war der 2. Juli 1858) blos darüber debattirt, wie denn eigentlich das combinirte und rechtskräftige Beweisthema vermöge jener Zusammenstücklung aus drei Urtheilen lauten müsse, ehe zur Prüfung der Beweise übergegangen werden konnte; ohne die Entscheidungsgründe zu Hilfe zu nehmen, erschien diese Schwierigkeit rein unauflöslich. (RNr. 439, 56/57.)

6) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Standesherr klagte gegen eine ihm lehenbare Gemeinde im J. 1850 einen ihm seit vielen Jahren ohne Anstand

einer phantastischen Grille des deutschen Prozesses, zu deren Erklärung sich kaum ein hörbarer Grund angeben läßt, kann ein Erfüllungs- oder Reinigungseid nur einem ordentlicher Weise geführten Beweise zu Hilfe kommen; eine Masse von Vermuthungen, welche für eine natürliche Auffassung schon allein die Gewißheit begründen würde, kann auf die erste Verhandlung hin, wenn sie auch alle liquid sind, eine solche Ergänzung nicht herbeiziehen. (Bl. f. RA. Bd. XX. S. 400.) Das Beweisinterlokut wird alsdann zu einem obligaten Ringe der Verkettung 7). Wie aber, wenn der auferlegte Beweis gar nichts Neues zum Vorscheine zu bringen vermag, der Beweisführer dieses vielleicht gleich anfangs erklärte, wo sollen jene doch so gewichtvollen Vermuthungen mit ihrem Einflusse nun hinkommen? In jeder Beweisauflage tritt immer die Provokation des Richters auf eine genauere Erforschung der Sache hervor; für den Fall aber, daß derselbe eine schon vorhandene hohe Wahrscheinlichkeit durch neue Gründe nur besser bekräftiget sehen

entrichteten Erbzins nebst einem Frohngelde in poss. ord. ein, welche ihm die Gemeinde von 1849 an verweigert hatte, weil sie beide Reichnisse als rein persönliche Gefälle nach Art. 6 des bayer. Ablös.-Ges. für erloschen hielt. Dem Kläger wurde daher über den Bezug derselben als Grundgefälle in den Jahren 1846 und 1847 Beweis auferlegt. Hiemit ging für den Kläger die dringende Vermuthung für eine Grundlast und die Abstammung aus einer Reluition von Naturaldiensten, welche sich schon aus dem Namen Erbzins und Frohngeld ergab, völlig verloren. Die fürstliche Domainenkanzlei trat nun jenen Beweis durch den zugeschobenen Haupteid an, dessen Zulässigkeit die Gemeinde bestritt, eventuell aber den Eid zurückschob. So kam es, daß durch oberstrichterliches Erkenntniß v. 31. Dez. 1858 einem deutschen Fürsten, der als englischer Admiral in den ost- und westindischen Gewässern umherschiffte, der referirte Haupteid zugemuthet wurde, daß sein verlebter Vater in den zwei letzten Jahren vor 1848 einen Erbzins und ein Frohngeld in der Nähe von Amorbach als Grundgefälle erhoben habe. (RNr. 1175, $^{57}/_{58}$.)

7) Ein neuer Mißstand, den das Beweisinterlokut herbeiführt, thut sich in Fällen hervor, wo das Gesetz eine Rechtsvermuthung aufstellte. Diese soll bekanntlich über die Vertheilung der Beweislast entscheiden, denjenigen, dem sie zur Seite steht, davon befreien; wie aber, wenn das Faktum, worauf sie beruht, selbst noch streitig, wenn es, wie gewöhnlich, vom Gegner widersprochen ist? Hier wäre im Grunde eine Präliminar-Beweisauflage erforderlich, um nach dem Ausfalle dieses Beweises erst zu entscheiden, wer den Beweis in der Hauptsache zu führen habe. Der Fall Nr. 6 im II. Anhange wird ersehen lassen, daß zuweilen ein solcher Präliminarbeweis nicht nur auferlegt, sondern auch zugleich die beiden Hauptbeweisauflagen eventuell zur gleichzeitigen Führung in derselben Frist damit verbunden werden, was man kaum für möglich halten sollte. Vergl. Seuffert's Archiv, Bd. X. Nr. 94.

will, ist außer dem erst zuletzt an die Reihe kommenden Erfüllungseide keine Vorsehung getroffen, kein Mittel der Verbindung eröffnet. Der einfach präparatorische Charakter des Beweises verliert sich in einer strengen Formulirung dessen, was als präjudiciell einen gewissen Ausspruch schlechterdings bedingen soll.

6) Durch die Beweisauflage über die widersprochenen Umstände des Falles glaubt der deutsche Richter seine Pflicht erfüllt zu haben; er sieht dabei mit voller Unbekümmerniß auf den möglichen und annehmbaren Erfolg der von ihm verlangten Beweise herab. Jede Kritik dessen, was auch erweislich sei oder nicht, hält er sich in dem Stadium für verschlossen, wo er sein Beweisinterlokut vom Stapel laufen läßt; er glaubt dasjenige, was behauptet, aber widersprochen, wenn es nur erheblich ist, immer zum Beweise aussetzen zu müssen, weil außerdem der betreffende Theil an dem vollständigen Gehöre, was ihm doch gebührt, eine Verkürzung erlitte. Dieser Gedanke macht sich zuweilen bei der Berathung durch die zum Theile schon oben berührte Aeußerung Luft: „Der Kläger behauptet es einmal, der Beklagte widerspricht es, man lasse es also den ersteren beweisen; w i e e r e s b e w e i s e t , i s t s e i n e S a c h e." Hinter diesem Satze verliert sich das ganze Gegengewicht, welches die bei der ersten Verhandlung der Sache vorgekommenen und aufgeklärten Umstände der Möglichkeit, einen Beweis auch herzustellen, sowie der Wahrscheinlichkeit des zu beweisenden Faktums in den Weg legen; unter dem Schutze dieses Satzes gelingt es den Fürsprechern, und sind sie sicher, daß es ihnen gelingen müsse, die unsinnigsten und ganz willkührlich erfundene Dinge, wie sie solche eben brauchen können, vorzuschieben und sich eine Beweisauflage darüber zu erwirken, für deren gänzliches Fehlschlagen, welches der Fall schon an der Stirne trägt, ihnen keine Art von Verantwortlichkeit obliegt. Augenfällige Abweisungen von Klagen oder Verurtheilungen nach dem gestellten Begehren werden dem jetzigen Gebrauche gemäß nicht selten in die Form von Beweisauflagen eingekleidet, von denen von vorne herein gewiß ist, daß sie Niemand mehr erschöpfen könne; der Streit um die Beweislast ist alsdann nichts Anderes, als der um das streitige Recht selbst. Dahin gehört vor Allem der bereits öfter vorgekommene Fall, worin Jemand beweisen sollte, daß und wann ein seit dem russischen Feldzuge vermißter Soldat wirklich um das Leben gekommen sei. Nach der GO. K. XII. §. 1 Nr. 4 soll das Geständniß, obwohl die stärkste der Proben, über unmögliche Dinge keine Kraft haben; mit welchem

Grunde kann man also offenbar zu erheben unmögliche Dinge bewiesen verlangen?[8])

Auf der anderen Seite bietet das Erforderniß, jede aufgestellte Behauptung sogleich mit den ihr zur Seite stehenden Urkunden zu begleiten, und auf erfolgten Widerspruch im zweiten Satze die übrigen Beweismittel dafür anzubieten, den allerbesten Probestein dar, ihre Ernstbemessenheit, ihre innere Haltbarkeit und äußere Erweislichkeit, ihre Moralität und den darunter verborgen liegenden guten Glauben an das Interesse ihres Gebrauches einer gewissenhaften Prüfung zu unterwerfen, welche darüber entscheiden muß, ob der betreffende Umstand auch verdiene, zum Beweise zugelassen zu werden, ob das Anerbieten, ihn zu erproben, auf einige Rücksicht Anspruch habe. Das Bedürfniß einer solchen vorläufigen Probe durch Vergleichung mit den angebotenen Beweisen thut sich besonders bei solchen Thatsachen hervor, welche ihren vorzüglichen Sitz bereits in einer schriftlichen Beurkundung gefunden haben, wie bei Verträgen und letztwilligen Verfügungen. Es kömmt nicht selten vor, daß ein Anwalt eine Kontraktsklage erhebt und zur vorläufigen Aufklärung, jedoch mit Verwahrung gegen jede Anticipation des Beweises einen schriftlichen Aufsatz vorlegt, der über das ganze Geschäft aufgenommen und unterzeichnet wurde. Nach dieser Urkunde wäre nun die Klage nicht gegründet; in der Klage ist aber das ganze Faktum durch willkührliche Zusätze und Erzählungen so schulgerecht zugestutzt, daß die Schlußbitte sich daran anpaßt. Das natürlichste Urtheil wäre nun die Zurückweisung der verhandelten Klage, in Betracht, daß die Erzählung des Klägers durch die nach Vorschrift der GO. sogleich beigefügte Urkunde nicht unterstützt, vielmehr geradezu widerlegt werde, letztere aber zur Bewährung der

---

8) Ein Beispiel zur Erläuterung. Im J. 1850 legte ein Gerichtshof fünf Gemeinden den Beweis auf, daß sie seit unvordenklicher Zeit vom Jahre 1728 rückwärts gerechnet zwei Drittheile der aus Waldungen anfallenden Strafgelder bezogen haben. In jenem Jahre war nämlich ein landesfürstliches Rescript erschienen, welches jede Art von Verjährung solcher Rechte für die Zukunft als unstatthaft erklärte. (RNr. 1512, 46/47.) Erst kurz vor dem Erscheinen des oberstrichterlichen Plenarbeschlusses über diesen Gegenstand legte ein anderer Gerichtshof dem Fiskus den Beweis auf, daß ein allgemeines Herkommen bestehe, wonach die Parochianen bei allen Cultusbauten auf dem Lande unentgeltlich die Hand- und Spanndienste zu leisten haben, während doch die ganze Deduktion der Entscheidungsgründe zu zeigen suchte, daß ein solches Herkommen nicht bestehe und nicht erweislich sei. (RNr. 701, 54/55.)

wirklich zu Stande gekommenen Abrede unerläßlich gehörte, daß überdies auf keine Weise aufgeklärt sei, warum, wenn der Inhalt des Vertrages so gewesen, wie er in der Klage erzählt ist, die Urkunde hievon abweichend der Sache eine ganz andere Wendung gegeben hätte, daß daher der Ungrund des ganzen Begehrens sich schon aus einer Vergleichung der Klage mit dem dazu gehörigen Belege von selbst ergebe. Allein dieser Entscheidungsgrund hat bei der Abstimmung mit großen Schwierigkeiten zu kämpfen, weil der Kläger seine Urkunde nur zur besseren Aufklärung und Colorirung mit vorgelegt, was ihm nicht schaden dürfe, und er daneben noch ganz andere Beweismittel haben könne. Die bedächtliche Erfassung einer solchen Verhandlung hält sich nicht für ermächtiget, sie traut sich nicht, dem Kläger in seine Karten zu sehen und von ihm zu erwarten, daß, wenn er bessere Beweismittel gehabt, er solche auf der Stelle mit vorgelegt oder doch angeführt hätte; der erzählte Hergang wird neben dem schriftlich bekundeten, der ihn bereits augenscheinlich widerlegt, zum Beweise ausgesetzt. Nun bringt der Kläger einige bestochene oder sonst verdächtige Zeugen, die wenig mehr als Nichts von der Sache wissen, erbietet sich zum Erfüllungseide, und schiebt eventuell seinem Gegner den Haupteid zu, den dieser mit gutem Gewissen schwört und auf diesem langen Umwege zuletzt seine Entbindung von der Klage doch noch erzielt.

Auch in solchen Fällen schiebt also wieder die Angewöhnung an die Dazwischenkunft des Beweisinterlokutes der freien und umsichtsvollen Thätigkeit der Gerichte einen lästigen Riegel vor.

7) Das Beweisinterlokut mit seiner Rechtskraft hat noch das Mißliche, daß es die Beweislast mit den großen Präjudicien, welche sich daran anknüpfen, gleich von vorne herein auf eine schroffe und nicht mehr wandelbare Weise fixirt. Auf die Vertheilung dieser Last fällt dadurch in einem Zeitpunkte, wo man den ganzen Stand der Frage noch nicht übersehen kann, ein mehr als billiges Gewicht, weil dieselbe gleich im Beginne des Kampfes den Ausgang des Prozesses bezeichnet, zumal bei solchen Thatsachen, von denen klar vor Augen liegt, daß es keiner Partei gelingen werde, über die wahre Bewandtniß der Sache, die vielleicht hinter Jahrhunderte zurückfällt, einige nähere Aufklärung beizubringen. Diese Bemerkung gilt insbesondere von dem Ursprunge gewisser Feudallasten, den Niemand mehr zu ergründen vermag, ob ein Besthaupt aus der Leibeigenschaft oder Gutsherrlichkeit, eine Frohnd aus der Gerichtsbarkeit oder dem Obereigenthume des Gutes abstamme, ob ein

Zehnt geistlicher oder weltlicher Natur, ob ein Gemeinderecht eine freie oder lehnbare Pertinenz eines Bauerngutes sei. Dieser Fall tritt noch mehr ein, wo verschiedene Nutzungs- und Besitzhandlungen auf einem Grunde concurriren und es sich darum handelt, die Rechtsbegriffe von Eigenthum, Gemeinschaft oder Dienstbarkeit daraus herzuleiten. Durch die Nothwendigkeit jener Fixirung der Beweislast, die sich meistens an die erste Anführung in der Verhandlung, die Rolle des Klägers oder eine Rechtsvermuthung anlehnt, welcher alsdann wieder eine Reihe faktischer Vermuthungen gegenüber stehen, verschließt sich dem Gerichte der so natürliche und von selbst einleuchtende Weg, aus dem solidarischen Eindrucke aller Erkenntnißquellen am Ende diejenige Bewandtniß der Sache, welche die wahrscheinlichste ist, bei der Unmöglichkeit einer vollen Gewißheit vorzuziehen und auf sie die Anwendung des Rechtes mit einer der Wahrheit wenigstens am nächsten tretenden Sicherheit zu gründen. Der oft sehr zufälligen Parteirolle als Kläger, der sich fast immer die Beweislast an die Fersen hängt, wird hiedurch der ungünstigste Einfluß auf die Entscheidung zwischen zwei Parteien eingeräumt, welche sich dem Gegenstande des Streites gegenüber fast in gleicher Lage befinden, dem Gerichte selbst wird alle Wahl benommen, die streitige Sache derjenigen von ihnen zuzusprechen, welche das beste Recht auf dieselbe hat oder ihr Recht am besten darzulegen vermag, ein Vorzug, auf welchen bereits das bayer. LR. II, 2 §. 9 bei Gelegenheit der actio publiciana hinwies[9a]).

Noch einen hervorspringenden Fall zu dieser Bemerkung bildet der Beweis des Verschuldens in Bezug auf den Untergang oder die Beschädigung einer fremden Sache, wobei die Pflicht zur Fleißanwendung, das Verschulden und der Zufall meistens so enge in-

9a) Ein Beispiel zur Erläuterung. A. und B. waren im Streite über den jüngsten Besitz einer Wiese befangen; keiner konnte sein ruhiges Inhaben während des letzten Jahres darthun; beide wurden daher nach GO. K. III. §. 5 Nr. 14 ad poss. ord. vel petit. verwiesen und die Wiese bis dahin einem Sequester anvertraut. Einer mußte nun mit der Eigenthumsklage vortreten, wer es zuerst that, hatte die Aussicht vor sich, zu unterliegen; denn er mußte den Beweis seines Eigenthumes liefern, was schwer zu sein schien; der Weg für das Gericht, demjenigen die Wiese zuzusprechen, der von beiden das stärkere Recht daran bewiese, stund nicht offen. A. klagte nun wirklich und erhielt den Beweis auferlegt, daß er die Wiese von X. gekauft und dieser Eigenthümer davon gewesen, der Beklagte B. eventuell den Gegenbeweis, daß er das Eigenthum der Wiese durch ordentliche oder außerordentliche Verjährung erworben habe. (RNr. 718, 54/55.) Ein solches Beweisthema verschiebt nur die Rechtsfragen, anstatt ihre Lösung vorzubereiten.

einander greifen, daß es unmöglich wird, ehe man den Verlauf der Sache in ihrer Einzelnheit kennt, von vorne herein zu bestimmen, wo sich die Vermuthung hinneige, auf welcher Seite sich die Verantwortlichkeit oder die Freiheit von solcher einfinde.

8) Das Beweisinterlokut läßt den Parteien die volle Freiheit in der Wahl ihrer Beweismittel; denn „wie sie etwas beweisen, ist ihre Sache." Hierin läßt sich nur eine schwache Seite dieser Einrichtung erblicken. Zwar ist es richtig, daß im deutschen Prozesse alle Beweismittel von Rechtswegen zustehen, während sich dieses im französischen nur vom Urkundenbeweise sagen läßt, wogegen jedes andere Beweismittel, und namentlich der Zeugenbeweis an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist, einer Zulassung bedarf oder doch in diesem Punkte der billigmäßigen Amtsgewalt der Richter unterworfen ist, wie sich in den folgenden Abschnitten näher zeigen wird. Allein dessen unerachtet sollte dem Richter nicht benommen sein, auf jenen Gebrauch gleich von vorne herein einen gewissen Einfluß im Sinne der Beschränkung auszuüben. Wenn der Satz richtig ist: judici fit probatio, woraus man das Recht des Richters ableitet, zu sagen, was er zu seiner Entscheidung noch bewiesen braucht, warum sollte er nicht auch gleich sagen dürfen, welche Beweise er nach der Beschaffenheit einer jeden Sache für die angemessenen hält, um ihm jene Ueberzeugung zu verschaffen? Für Verträge ist gewiß der Urkundenbeweis, für Quasicontrakte und Beschädigungen der Zeugenbeweis am natürlichsten, für bleibende Zustände der Augenschein, für Fragen, wozu Fachkenntnisse gehören, eine sachkundige Erforschung, wofür der Richter selbst die Sachverständigen ernennen sollte; für mehrere Verträge ist schon dermalen der Urkundenbeweis allein statthaft, für denjenigen, der die exceptio non numeratae pecuniae verloren hat, die Eideszuschiebung nicht mehr zulässig; warum soll sich hier überall der Richter blos passiv verhalten und erwarten, auf welchem Wege ihm eine Einsicht zugeführt werde? Die Verordnung eines Augenscheines oder der Einvernahme von Sachverständigen von Amtswegen ist schon dermalen in Uebung und auch dazu geeignet, wie mehrere Fälle bewähren, ein langwieriges Beweisverfahren abzuschneiden.

9) Am allerlästigsten fällt noch der rationellen Urtheilsschöpfung die R e c h t s k r a f t d e s B e w e i s i n t e r l o k u t e s; sie zieht die freie Entscheidung in den Wirbel eines Ringelstechens hinüber, dem die engherzig abgesteckte Bahn jeden freien Aufblick zu dem wahren und

gerechten Ziele verschließt [9b]). Die Frage ist hier nicht mehr, auf welcher Seite sich das Recht befinde, sondern nur, ob die auferlegten Beweise bis in die kleinsten Einzelnheiten herab geliefert seien oder nicht. Ein einzelnes Wort, was unerwiesen blieb, wendet zuweilen das Blatt auf die umgekehrte Seite. Die Rechtskraft übt auf diesem Punkte eine launige, und man könnte sagen tyrannische Herrschaft aus, an welcher die Praxis um so fester hält, je mehr irgend ein Gegenstand des Streites, wie namentlich bei Injurienklagen, die Ungunst der Gerichte wider sich hat. Wie schroff zuweilen die Erheischungen dieser Rechtskraft erfaßt werden, mögen wenige Beispiele andeuten.

a) Ein Kläger hatte zu beweisen, daß sein Gegner ihn am Nacken fest gepackt und geschüttelt habe; hieraus entstand die Frage, ob auch das fest besonders erwiesen werden müsse und ob ein Zeuge mit zu berücksichtigen sei, welcher das Packen, statt am Nacken, an der Brust bestätigte. Diese Spitzfindigkeit wurde durch alle drei Instanzen getrieben. (RNr. 431, 52/53.)

b) Durch einen offenbaren Schreibverstoß war das Jahr einer Lieferung Waaren in einem rechtskräftigen Beweisthema auf 1849 statt 1839 eingerückt; der Beklagte beharrte eifrig darauf und behelligte den obersten Gerichtshof damit, der Kläger habe seinen Beweis verfehlt, weil das unrechte Jahr einmal in Rechtskraft erwachsen sei. (RNr. 978, 52/53.)

c) Eine Klägerin hatte rechtskräftig zu beweisen, daß sie am 7. Januar 1853 einen Knaben geboren; beim Beweisantritte zeigte sich jedoch, daß nach dem Taufzeugnisse der Geburtstag der 9. Januar war, sohin auf zwei Tage später fiel. Die erste Instanz entband nun den Beklagten definitiv von der Klage, die beiden höheren nur angebrachtermaaßen, worauf der Prozeß auf Unterhalt des am 9. Jan. gebornen Knaben von vorne an beginnen mußte. (RNr. 274, 55/56.)

Außer der Gefahr, die wahren Gesichtspunkte für immer zu verschieben und neben der Folge, jede spätere Berichtigung des wahren Sachverhaltes durch äquipollente Umstände zu verhindern, hat jene Rechtskraft noch manche andere Mißstände in ihrem Gefolge. Läßt eine in Person erschienene Partei ein unglücklich ausgefallenes Beweisthema, dessen Tragweite sie nicht versteht, rechtskräftig werden, und nimmt sie nun zur Durchführung des Beweises einen Anwalt an, so beginnt dieser mit Hilfe vorgeschobener Nullitätsquerelen und Restitutionsgesuche seine Vertretung immer damit, daß er Alles aufbietet, das Beweisinterlokut vorerst wieder umzu-

---

9b) Im österreich. Prozesse ist der Richter bei Entscheidung der Sache an das vorliegende in erster oder höherer Instanz ergangene, obgleich rechtskräftige Beiurtheil auf den Beweis durch Zeugen oder Sachverständige nicht gebunden. Auch die in den Entscheidungsgründen des Beiurtheiles ausgesprochene Ansicht bindet ihn nicht. Beidtel's ordentl. Verf. §§. 210 und 228.

stoßen und berichtigen zu lassen, was neue Weitläufigkeiten herbeiführt. Ist dagegen einer Partei ein überflüssiger und ungeeigneter Beweis auferlegt, den sie leicht führen kann, so wird aus leicht begreiflichen Gründen ihr Anwalt, wenn er gleich die Berufung über andere Punkte ergriffen, sich nur schwer entschließen, hierauf eine Beschwerde zu richten, welche den Ueberfluß abschneiden müßte. Bereits in einem früheren Abschnitte (S. 127) ist bemerkt, wie häufig der Fall vorkömmt, daß die wichtigsten und für sich allein entscheidenden Urkunden des Falles, weil sie leichtfertiger Weise nicht anerkannt sind, erst den Durchgang durch ein Beweisthema nehmen müssen, dessen Sinn alsdann kein anderer als die Aufgabe ist, die Aechtheit der Klags- und Exceptionsbeilagen durch ein Produktionsverfahren festzustellen. Zuweilen tritt aber auch der umgekehrte Fall ein. Haben die Parteien im ersten Schriftenwechsel ihre Urkunden noch zurückbehalten und sich gegenseitig nur mit Behauptungen und Widersprüchen bekämpft, die es zuweilen mit der Sache nicht so genau nehmen, und oft nachlässig hingeworfen oder absichtlich verschoben sind, so erwächst daraus bei der Unsicherheit des Urtheiles, dem es nicht vergönnt ist, sich auf die wahren Grundpfeiler zu stützen, ein rechtskräftiges Beweisthema, auf welches alsdann die Urkunden nicht mehr passen, dem gegenüber sie etwas Anderes enthalten und etwas in vielen Punkten Abweichendes beweisen, so daß wieder eine Abweisung in der angebrachten Art der langen Bogenstellung des Beweisverfahrens den Einsturz bereitet [10]).

Für die Prüfung der gelieferten Beweise schafft die Rechtskraft des Beweisthema's noch die neue Schwierigkeit seiner Interpretation, wenn es in einigen Punkten dunkel ist. Als ob man mit der Auslegung der Gesetze und Verträge nicht schon vollauf zu thun hätte, so kömmt hier die mißliche Aufgabe hinzu, ein oft sehr sorgenlos hingeworfenes Beweisthema richtig auszulegen und demselben nicht ohne Zwang eine solche Deutung zu geben, daß nur das gute Recht darunter nicht völlig verloren gehe [11]).

---

10) So vorgekommen RNr. 541, 54/55.

11) Ein Beispiel zur Erläuterung. Aus Anlaß der Streitfrage, ob an einem gewissen Orte ein Handlohn auch bei Gutsübergaben von Eltern auf Kinder anfällig sei, hatte der klagende Gutsherr den Beweis auferlegt erhalten, daß derselbe in jenem Dorfe hergebracht habe, bei allen Besitzveränderungsfällen, *respective* bei Uebergaben von Eltern auf Kinder, 10% Handlohn zu erheben. Als nun dieser Beweis durch zahlreiche Fälle mit Gutsrechnungen auf 40 Jahre zurück geführt war, entstand die Frage: Will jenes *respective* soviel sagen

Da ein Beweisthema nur Fakta in sich aufnehmen soll, die Beweise aber nur selten vollständig in den Beweismitteln des ersten Treffens ihre Erledigung finden, so ergibt sich hieraus die weitere Folge, daß aus dem Beweisthema zuweilen eine ganze Reihe von aufgetragenen Eiden wie die Pilze emporschießen, indem man sich der Annahme hingibt, dadurch, daß ein Umstand zum Beweise auferlegt wurde, sei er auch als Faktum gestempelt, über ein streitiges Faktum könne aber auch ein Eid geschworen werden. Von allen Seiten betrachtet knüpfen sich daher an das rechtskräftige Beweisthema nur mißliche Folgen und Verwicklungen an.

10) Den mächtigsten Stützpunkt von allen findet noch das Beweisinterlokut für sich und seine bisherige Stellung in der großen Scheue vor der Anticipation des Beweises, in den maaßlosen Bedenken, welche man einer allgemeinen Pflicht, den Beweis freiwillig anzutreten, entgegen zu stemmen pflegt. Die Theorie hat alles Mögliche dazu beigetragen, die freiwillige Anticipation des Beweises mit Schwierigkeiten zu umlagern, welche sie in den Hintergrund der Vergessenheit zurückdrängten; die Praxis hat dieses natürliche Mittel der Vereinfachung gleich vom Anfange an aufgegeben und völlig außer Brauch gesetzt. Es ist begreiflich, daß die Anwälte vermeiden, sich eines Mittels der Abkürzung zu bedienen, welches einen zweimaligen Durchlauf des Instanzenzuges in einen einzigen zusammendrängt. Wo sich immer das Auge in dieser Materie hinwendet, vermag es auf nichts als Irrthum und einseitige Befangenheit der Ideen zu stoßen.

a) Werfen wir zuerst einen Blick auf den dermaligen Stand des anticipirten Beweises in den Gesetzen und in der Theorie. Die bayer. GO. selbst erlaubte bereits in K. IV. §. 11 mit dem summarischen Klaglibelle Beweisartikel zu übergeben, um den Gegentheil gleich Anfangs anhalten zu können, sub poena confessi darauf zu antworten; nach K. IX. §. 6 Nr. 2 soll ferner jedem Theile frei stehen, den Beweis auch, ohne die richterliche Auftragung abzuwarten, nach widersprochener Geschichte seiner Klage oder Einrede anzutreten, mithin seine Artikel statt der Re- und Duplik zu übergeben, wo sodann hiemit ebenso verfahren werden soll, als wäre der Beweis auferlegt. Die Novelle v. 1819 hat §§. 16 u. 17 diese Bestimmungen erneuert und dahin erweitert, die Absicht, den Be-

---

als: und zwar insbesondere, oder nur soviel: oder doch wenigstens. Das letztere war offenbar das richtigere, der Streit darüber mußte aber alle drei Instanzen durchlaufen. (RNr. 1756, 53/54.)

weis zu anticipiren, müsse ausdrücklich erklärt sein, eine blose Anführung der Urkunden sei hiefür nicht zu erachten, auch treffe den anticipirten Beweis die präclusive Wirkung des Beweistermines, so daß niemals auf Beibringen eines besseren Beweises erkannt werden dürfe. Die Novelle v. 1837 hat an allem Dem nichts geändert; dagegen wagte sie nicht einmal, für das mündliche Verhör die Anticipation des Beweises als nothwendig vorzuschreiben, während doch alle summarischen Prozeßarten einer solchen Regel huldigen.

Eine nicht vorgesehene schwache Seite jener Vorschriften liegt allerdings darin, daß dem Kläger, der sich zur Anticipation des Beweises entschlossen hat, die Mittel fehlen, seinen Gegner zu nöthigen, auch den Beweis seiner Einreden auf dieselbe Bahn zu bringen, was der Doktrin später den willkommenen Anlaß gab, zu behaupten, sobald mit dem Widerspruche der Klage Einreden verbunden seien, müsse die Beweisanticipation als unzulässig und nicht erschöpfend ausgeschlossen bleiben. Allein diese abholde und mitleidige Auffassung der Doktrin ging gegen die Meinung von Gönner's (Commentar S. 226 f.), der doch das Gesetz v. 1819 verfaßt hatte, noch viel weiter. Verfehlt die anticipirende Partei ihr rechtes Beweisthema, so muß sie nach dem Gesetze unterliegen; denn der freiwillige Antritt geht auf ihre Wag und Gefahr, auf besseren Beweis soll niemals erkannt werden. Statt dessen verkündigten v. Stürzer's Civilgerichtsverfahren S. 610 und nach ihm Seuffert's Commentar (II. Ausg.) Bd. III. S. 38 ff. eine allgemeine Amnestie für das Fehlschlagen des anticipirten Beweises[12]); ihnen zufolge soll eine den richtigen Beweissatz verfehlende oder nicht erschöpfende Beweisanticipation als nicht geschehen zu betrachten und alsdann ebenso zu verfahren sein, als wenn es an den Voraussetzungen zur Anticipation des Beweises fehle. Wo kömmt aber hiebei die klare Vorschrift der Novelle v. 1819 §. 17 hin, daß in keinem Falle auf besseren Beweis erkannt werden dürfe? Es wurde überdies noch behauptet, für das mündliche Verhör, wo es doch am allernatürlichsten wäre, die Vorlage der Beweise im Laufe der Verhandlung selbst ohne Zwischenbescheid zu verlangen, sei die Anticipation des Beweises als nicht wohl passend entweder ausgeschlossen, oder doch an Voraussetzungen gebunden, die sich nur schwer zusammen finden werden. (Seuffert's Comm. Bd. II. S. 36; Bl. f. RA. Bd. IV. S. 203 Nr. 7.)

12) Vgl. auch noch Bl. f. RA. Bd. I. S. 276.

b) Wenn man diese Ungunst der Doktrin, womit eine so einfache Sache zu kämpfen hat, betrachtet, so sollte man glauben, der Antritt und die Führung eines nicht auferlegten Beweises seien etwas ganz Außergewöhnliches in der juristischen Praxis und das Verlangen hienach eine exorbitante über alle Regeln hinwegspringende Zumuthung. Nichts von allem Dem ist indessen wirklich der Fall. In den vielfachsten Gestaltungen kömmt die Anticipation des Beweises in dem dermaligen Civilprozesse als eine unvermeidliche Nothwendigkeit vor; so namentlich bei fast allen summarischen Prozeßarten, bei dem Mandats-, Executiv- und Concursprozesse; in Seuffert's Commentar, Bd. II. S. 102 Nr. 4 wird die freiwillige Beweisführung selbst für das possessorium summariissimum als obligat erklärt. Aber auch im ordentlichen Prozesse findet sich dieselbe Pflicht häufig ein, ohne daß man nur im Geringsten daran dächte. Vor Allem für die große Klasse der dinglichen Klagen wird ein Beweisthema fast gänzlich vermißt, weil nur der nächste Klagegrund zum Beweise ausgesetzt wird, der einen Rechtsbegriff, aber kein Faktum darstellt. Wenn dem Negatorienkläger der Beweis auferlegt wird, daß er Eigenthümer des streitigen Grundes sei, und der beklagten Gemeinde eventuell der Gegenbeweis, daß ihr das Weiderecht darauf oder das Fahrtrecht darüber zustehe, wie solches häufig vorkömmt, (z. B. RNr. 214, 53/54) so ist ein solches Beweisthema so gut als gar keines; denn die Anlage des ganzen Beweises und Gegenbeweises bleibt hier frei dem Gutbefinden beider Anwälte mit aller Gefahr seines Verfehlens überlassen. Warum sollte man nicht gleich gut dem Kläger den Beweis auflegen können, daß er aus einem Kaufe oder einer Erbschaft eine gewisse Summe vom Beklagten zu fordern habe? Warum sollte der erstere nicht ebenso im Stande sein, dieses gleich gut von selbst zu beweisen? Das sächsische Beweisthema lautete in früheren Zeiten ganz allgemein so, Kläger habe, so viel von der Klage widersprochen sei, vor Allem zu beweisen; was ist hiemit für die Erleichterung, die Richtung und Präcision des Beweisantrittes gewonnen? Die geistlichen Ehegerichte in Bayern erlassen zuweilen noch ähnliche Interlokute, wie sich aus einem vorgekommenen Falle ersehen ließ. (RNr. 1540, 52/53.) Aber auch bei solchen Ehescheidungssachen, die vor die ordentlichen Gerichte kommen, gibt es Punkte, die einer genauen Fixirung durch ein Beweisthema von vorne herein gar nicht fähig sind, z. B. bei einem lange fortgesetzten häuslichen Unfrieden zwischen zwei Ehegatten der Punkt, welche und wie viele von ihren wechselseitigen

Vorwürfen durch ihr Zusammentreffen geeignet seien, einen durchgreifenden Grund zur Ehescheidung darzubieten. In einem solchen Falle bleibt nichts anderes übrig, als sich mit einem allgemeinen, auf den Gattungsbegriff der beharrlichen Unverträglichkeit gerichteten Beweisthema zu behelfen, welches wieder so gut als gar keines ist, wie in einem merkwürdigen Falle vom obersten Gerichtshofe bereits geschehen ist[13]). Wenn wir ferner alle Tage auf rechtskräftige Beweissätze stoßen, wie folgende: Kläger habe zu beweisen, daß Beklagter sich rechtsgültig gegen ihn verpflichtet, Beklagter, daß er jene Schuld wieder getilgt habe, wodurch unterscheiden sich alle diese Beweisauflagen im Punkte der Präcision von dem obenberührten sächsischen Beweisthema? Wird der Anwalt dadurch um etwas klüger, wie er artikuliren müsse, findet er eine bessere Anleitung, wohin er seine Bethätigung zu richten habe, als er es sich selbst herausfinden könnte[14])? Ein Zeugenverhör zu ewiger Gedächtniß ist auch wieder nichts anderes als eine Anticipation des Beweises; der Anwalt muß dabei auf seine eigene Gefahr nehmen, ob er die alten Zeugen auch über die treffenden Umstände abhören läßt; es wird aber gewiß Niemand einen Fall anführen können, in dem er hiebei einen Fehlgriff begangen hätte[15a]). Auf jedem Schritte finden wir daher den ordentlichen wie den summarischen Prozeß von Fällen durchkreuzt, in welchen ein Anwalt über den Gegenstand und die Anlage einer Beweisführung darauf beschränkt ist, sich nur bei sich selbst Raths zu erholen.

c) Allein wenn auch allem Dem nicht so wäre, so läßt sich weiter fragen: Ist es denn wirklich ein so gefährliches Riesenwerk,

13) Bl. f. RA. Bd. XIII. S. 393. Ein verwandter Fall findet sich auch noch in Seuffert's Archiv Bd. IX. Nr. 218, worin die Conclusion aus den im Allgemeinen erheblichen und zum Beweise zugelassenen Umständen dem Endurtheile vorbehalten blieb.

14) An dem Tage, an welchem der Verfasser diese Zeilen niederschrieb, kam ihm ein Beweisthema des Inhaltes vor: Die klagende Gemeinde habe zu beweisen, daß das Kloster zu N. von jeher, oder nach Herkommen, oder vermöge Uebereinkunft fünf Achttheile zu dem Baue ihres Schulhauses beigetragen habe. (RNr. 338, $^{54}/_{55}$.)

15a) Die bayer. GO. K. IX. §. 12 nebst den Anmerk. hiezu litt. a zählte zu dem Gegenbeweise, den man sub poena desertionis mit den Responsionen ohne besondere Aufforderung antreten sollte, ausdrücklich auch den Beweis der Exception oder Replik. Hiemit war also wieder der ganze indirekte Gegenbeweis auf den Weg des freiwilligen Antrittes ohne alle bestimmte Beweisauflage verwiesen.

eine so halsbrechende Arbeit, sich das rechte Beweisthema hervorzusuchen und einen selbst angelegten Beweis glücklich bis an das rechte Ziel zu bringen, daß Parteien und Anwälte billig verlangen können, mit einer so bedenklichen Zumuthung verschont zu bleiben? Oder haben sie einen hörbaren Grund für sich, das höher stehende Ansehen des Richters anzurufen, auf daß er ihnen an der Spitze des Hafens, in den sie einlaufen sollen, erst einen Leuchtthurm aufzünde, der sie vor der Gefahr bewahrt, den rechten Weg zu verfehlen oder auf eine verborgene Klippe zu gerathen? Nichts von allem Dem ist der Fall, jedes Bedenken muß besonders dann verschwinden, wenn einmal die große Masse formaler Erheischungen bei Seite geschafft ist, welche heutzutage noch die Durchführung eines Beweises umwickelt und die Prüfung seiner Ergebnisse zu einem kunstmäßigen Operate gestempelt sehen will. Die bayer. GO. selbst hat K. IX. §. 1 bereits ein ewiges und unveränderliches Beweisthema aufgestellt: Jeder Kläger hat den Grund seiner Klage, d. h. die Thatsachen, woraus sich sein Anspruch herleitet, jeder Beklagte den seiner Einrede zu beweisen. Die regelrechte Führung eines Prozesses erfordert schon dermalen einen weit größeren Aufwand an Kenntnissen, Umsicht, Scharfsinn und Genauigkeit, als daß sich von dieser Erweiterung des in den Fürsprecher gesetzten Vertrauens ein neuer Zuwachs an Belästigung für ihn befürchten ließe. Ein Anwalt muß vor Allem genau verstehen, die verschiedenen Gründe seiner Klage und alle seine Einreden aufzustellen und zu entwickeln, ein kleines Versehen hiebei kann den Verlust der ganzen Sache zur Folge haben; warum sollte er nicht gleich gut im Stande sein, jedem Behelfe sogleich die hiefür in Bereitschaft gesetzten Beweise anzufügen? Eine unterbliebene Verwahrung oder eine ungenügende Remonstration, wo die Berufung nöthig wäre, ein versäumtes Rechtsmittel, die Einlegung einer Appellation am dreißigsten Tage, wo die Nothfrist nur vierzehn Tage betrug, alles kann die schlimmsten Folgen für seine Partei nach sich ziehen; ein unbedachtsames Fristgesuch ohne Verwahrung kann die Partei um die vielleicht so nöthige Berufung gegen den Zwischenbescheid bringen; und man sollte ihm bei allem Dem nicht anvertrauen dürfen, die Sätze, die er doch ganz planmäßig aufstellte und zu solchem Ende genau überdenken und einer Musterung unterwerfen mußte, auch ebenso regelmäßig zu erproben? Wenn jeder Theil verpflichtet wird, die Beweise, die ihm zur Unterstützung seines Anspruches zu Gebote stehen, mit dessen Verfolgung anzuzeigen und gleichsam auf den Gerichtstisch

auszuschütten, worin kann noch die große Schwierigkeit bestehen, einer solchen Auflage zu genügen? Wenn sich die Anwälte bisher der Anticipation des Beweises durchgehends enthalten und sich derjenigen, die ihr Gegner vorschob, eifrig widersetzen, so beruht solches auf Gründen ihres Privatinteresses, denen ein Zweifel an ihrer eigenen Befähigung hiezu völlig fremd ist [15b]). Werfen wir noch einen Rückblick in die Vorzeit, wie sich das Beweisinterlokut in dem gerichtlichen Verfahren unserer Voreltern gestaltete, so finden wir, daß lediglich ein weiterer Gerichtstag zur Erhebung und Vollführung des einer jeden Partei nach ihrem eigenen Gutbefinden obliegenden Beweises angesetzt wurde. Drei erhaltene Beispiele aus Nürnberg, München und Würzburg geben uns ein treues Bild hievon [16]). „Wenn nun alle vorgeschriebene Sachen, Stücke, und auch diese unsere Aussprache und Entscheidung durch mancherley Sachen, welche dazu nothdürftig, auf diese Zeit nicht vollzogen noch geendiget werden mochten, darum setzen wir den ehegenannten Partheyen einen Tag auf den Sonntag nach Jubilate, daselbst zu seyn und alle diese Sachen zu vollenden." Wer würde es wohl hier einem Anwalte auf seine Frage gesagt haben, was das für Sachen seien, die er vollenden solle und worüber das Fürstengericht noch einen Beweis unumgänglich nöthig habe? [17a])

15b) Um wie viel hat denn ein von einem Untergerichte entworfenes Beweisthema, welches doch so oft in Rechtskraft übergeht, die Vermuthung der Weisheit zum Voraus vor demjenigen, welches sich der Anwalt selbst bilden konnte? Und wenn der letztere seiner Sache dadurch schaden kann, daß er die Fehler eines erstrichterlichen Beweissatzes übersieht und sich dabei beruhiget, um wie viel bedenklicher wäre ein in ihn gesetztes Vertrauen, sich selbst die Punkte zusammenzusuchen, welche er zu erproben hat?

16) Maurer's altgermanisches Gerichtsverfahren §. 164, S. 242.

17a) Im englischen Prozesse ist ein Beweisinterlokut völlig unbekannt, wie aus Rüttimann a. a. O. zu ersehen ist. Nach §. 229 gilt jeder besondere Satz einer Klage als selbstständiger Klagegrund. Wenn aber auch nur ein Satz an einem wesentlichen Mangel leidet, und die Jury ihr Verdikt im Allgemeinen zu Gunsten des Klägers abgibt, so kann kein Urtheil gefällt werden, weil es denkbar ist, daß jenes gerade auf den mangelhaften Satz gebaut sei. Diesem Uebelstande wird vorgebaut, wenn der Kläger nach Durchführung des Beweisverfahrens diejenigen Sätze heraushebt, an welche er sich zu halten gedenkt, und von den zweifelhaften absteht. — Im §. 331 heißt es noch: „Wie überhaupt das ganze Verfahren, so wird namentlich auch das Sammeln der Beweismittel ganz unbedingt durch die Verhandlungsmaxime beherrscht. Von einem Zwischenurtheile, durch welches der Richter den Parteien sagen würde, was jede derselben zu beweisen und wie sie den Beweis zu führen habe, ist keine Rede. Aus dem Nisi-

d) Der äußeren Form nach sind ohnedies schon dermalen alle Beweisantritte und die Erklärungen auf solche übereinstimmend und gleichsam über einen Leist geschlagen; für alle könnte ein lithographirtes Formular ausreichen. Der Kläger tritt seinen Beweis jedesmal an durch Urkunden, wovon er das Verzeichniß einrückt und die Abschriften beilegt, durch eine gewisse Anzahl von Zeugen, die er benennt und für deren Vernehmung er Beweisartikel mit dem Direktorium beifügt, durch Erbieten zum Erfüllungs- und jedem anderen zulässigen Eide, wonebst im schlimmsten Falle dem Beklagten eventuell der Haupteid in der negativen Formel des Beweisthemas oder irgend einer anderen zugeschoben wird. Der Beklagte sucht die Urkunden und Artikel mit demjenigen zu bekämpfen, was er schon in seiner Exception gesagt, er bittet um deren Verwerfung, bringt dann Einwendungen gegen einzelne Zeugen vor, bemerkt, zum Erfüllungseide werde es nicht kommen, jedenfalls fehle dem Kläger die eigene Wissenschaft, er beanständet sodann den Haupteid als unstatthaft, eventuell wird derselbe in genauer Uebereinstimmung mit dem Beweisthema angenommen, jedoch nur praestito prius juram. calum., worauf sodann erst der Antritt des direkten Gegenbeweises nachfolgt. Wenn man nun diese ganze Leiter und Formstellung zum Voraus kennt, wozu kann es nützen, dieselbe durch ein Beweisinterlokut in jedem Falle besonders zu provociren? Wäre es nicht ohne diese monotone Vermittlung für die Richter eine leichte Sache, das ganze Material von Beweismitteln, was die Parteien von freien Stücken nur anzeigen, in ein so unveränderliches Fachwerk unterzubringen?

e) Sieht man aber dem Wesen der Sache selbst genau auf den Grund, so kann die Besorgniß, durch den Ausfall des Beweisthema's Verwirrung und schwankende Unsicherheit im Prozesse herbeizuführen, sich nur um dreierlei Punkte drehen, um die Zweifel über die Beweislast, um den Fall, daß ein Anwalt zu viel, und den weiteren, daß er zu wenig beweisen würde. Daß ein Beweis über etwas ganz anderes, als was zur Sache gehörig, geführt würde, kann sich so leicht nicht ergeben; ein Anwalt, der diesen Mißgriff verschuldete, verdient nicht länger Anwalt zu sein. Jedenfalls wäre als-

---

prius-Protokolle (Status causae et controversiae) können die Parteien selbst entnehmen, welche faktischen Momente bestritten und welche unbestritten sind. Sie können sich selbst Rechenschaft darüber geben oder von einem Advokaten vernehmen, welche Punkte erheblich und welche gleichgültig seien, wem die Beweislast obliege, welche Beweismittel angewendet werden können, u. s. w."

dann zu viel und zu wenig zugleich bewiesen; der Fall würde also die beiden zuletzt erwähnten mit einander umfassen.

Eine zweifelhafte Beweislast kann gewiß zu keiner ernsten Schwierigkeit mehr führen, wenn jede Partei es auf sich nehmen muß, mit allen Beweismitteln über den wahren Verlauf der Sache von freien Stücken hervorzutreten; was hier als Beweis, und was als Gegenbeweis zu wirken habe, wird sich schon am Ende zeigen; selbst bei der Negatorienklage und dem limitirten Geständnisse eines Vertrages, wo die Beweislast bekanntlich mit den meisten Anständen zu ringen hat, lehrt die tägliche Erfahrung, daß immer ein Gegenbeweis geführt wird, welcher mit dem Hauptbeweise zusammengenommen die wahre Bewandtniß der Sache meistens in das hellste Licht versetzt. Bleibt am Ende durch jenen fleißigen Zusammentrag von Beweisen ein Punkt noch immer im Dunkeln, so mag nun erst entschieden werden, welche der Parteien ihn nöthig hatte, um ihr Begehren darauf zu stützen, so daß die Entscheidung alsdann gegen sie ausfallen muß. Jedes Beweisverfahren ist seiner Natur nach ein judicium duplex, weil die Beweismittel gemeinschaftlich werden, der günstige Ausfall daher dem Beweisführer ebenso, wie seinem Gegner zu Statten kommen kann. Gerade darin müßte ein Hauptvorzug der allseitigen Beweisführung aus freiem Antriebe bestehen, daß die häckelige Frage der Beweislast erst zuletzt auftauchte, wenn ein erheblicher Umstand noch ungewiß geblieben, so daß dieselbe nur in den seltensten Fällen an die Reihe der Erörterung käme. Ueberhaupt ist die Frage der Beweislast ein Punkt, welcher die Richter öfters ohne Noth mit überflüssigen Grübeleien abmüdet und wie ein Alp auf ihr Gewissen drückt; sobald dieselbe nur demjenigen zufällt, nicht, der gerade einen Umstand zuerst vorbrachte, sondern dessen Recht dadurch bedingt ist, muß die Anwendung der hiebei entscheidenden Grundsätze sich von selbst ohne große Schwierigkeit ergeben.

Wie aber, wenn ein Zweifel sich über den Umfang des Beweisthema's ergibt, wenn ein Anwalt nicht weiß, ob er von zwei Dingen das Mehrere oder blos das Mindere zu beweisen habe, was wird er thun? Er wird den Beweis des Mehreren antreten, um sich außer alle Gefahr und Verantwortlichkeit zu setzen; dem Gerichte bleibt dann vorbehalten, die für überflüssig gehaltenen Beweise nicht zu erheben und dadurch das Beweisthema zu corrigiren; sind sie aber dennoch erhoben, ohne den damit bezielten Beweis zu liefern, so bleibt jener Ueberfluß seines Strebens für den Beweis-

führer völlig unschädlich, wie bereits die GO. K. XV. §. 6 Nr. 7 mit klaren Worten verordnet hat; der vergebliche Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten kam bereits oben zur Sprache und ist in einem gewissen Maaße von aller Eventualmaxime untrennbar. Findet die höhere Instanz einen in der ersten angetretenen, aber nicht erhobenen Beweis dennoch erheblich, so kann sie für ihren Ausspruch das Versäumte noch immer nachholen lassen, wofür die GO. K. XV. §. 7 Nr. 9 wieder die nöthige Vorsehung getroffen hat.

Als der bedenklichste Fall bliebe also immer nur der übrig, wenn der Beweisführer seinen Beweis zu kurz anlegt und etwas zu wenig beweiset, ein Fall, mit dem auch der andere übereintrifft, wenn er sein Beweisthema ganz verfehlt, etwas Unrechtes bewiesen haben sollte. Die Bedenken über diesen Fall gaben den zwei weiter oben genannten Schriftstellern den Anlaß zu dem milderen Vorschlage, um nur das streitige Recht wegen eines formellen Fehlers nicht mit auf das Spiel zu setzen, vielmehr den angetretenen und geführten Beweis gar nicht zu beachten, als nicht vorhanden anzusehen und ein neues Interlokut zu erlassen. Wir finden hier den Gedanken der Abweisung in der angebrachten Art in das Beweisverfahren übertragen, der mangelhaft geführte Beweis wird angebrachtermaaßen abgewiesen und auf einen besseren erkannt.

Nichts kann gewiß billiger sein und sich mehr zur sorgsamen Beherzigung empfehlen, als die Absicht, über einen Mißgriff des Anwaltes nicht sogleich das ganze streitige Recht selbst verloren gehen zu lassen; nur das ausersehene Mittel hiezu wird zum Mindesten vom legislativen Standpunkte aus nicht glücklich zu nennen sein, weil sich weit näher liegende und mehr praktische zu demselben Ende darbieten. Von zwei Seiten her kömmt uns die Idee einer Nachhilfe entgegen, um jener mißlichen Folge vorzubeugen, von denen das zweite Mittel wenigstens in der französischen Praxis ganz regelmäßig ist und täglich zur Anwendung kömmt. Wenn die Partei einige nützliche Beweismittel versäumt hat, so ist wohl das natürlichste, daß dem Richter frei stehe und selbst obliege, diejenigen, die sich in seinem Bereiche vorfinden und ihm durch die Verhandlung angezeigt sind, selbst zu erschöpfen, daß er die vermißten Urkunden abverlange, die vergessenen Zeugen als Auskunftspersonen vernehme, wie der Präsident eines Schwurgerichtshofes hiezu berechtiget ist, und fast ebenso, wie auch schon dermalen die Civilgerichte Augenscheine von Amtswegen vornehmen oder wiederholen, neue Sachverständige einvernehmen und den Reinigungseid von Amtswegen

auferlegen. Wenn ferner eine Partei aus den Entscheidungsgründen der ersten Instanz erfährt, daß sie einen erforderlichen Beweis nicht führte oder verkehrt angetreten habe, so darf ihr nur freistehen und muß ihr der Weg eröffnet werden, denselben in der zweiten Instanz zu ergänzen, neu anzutreten oder zu berichtigen, wie ähnliches bereits oben im IV. Abschnitte (S. 174) von der Entwicklung der Klagen und Einreden vorkam. Man wird vielleicht einwenden, daß hierin zahlreiche Verstöße gegen die ersten Prinzipien des Prozesses unterliefen, gegen die Verhandlungsmaxime, weil ein solches Verfahren inquisitorisch sei, gegen die präclusive Natur der Beweisfrist, gegen den ordentlichen Zug der Instanzen und das Verbot, eine vorhergehende zu überspringen. Allein die Rücksicht auf eine schnelle Förderung und die Zweckmäßigkeit des Verfahrens muß alle jene Einwürfe überbieten und ihnen Stillschweigen auferlegen. Der Abgang von der regelmäßigen Verhandlungsmaxime wird im nächsten Abschnitte noch besonders zur Sprache kommen; die zulässige Erweiterung der Verfolgungs- oder Vertheidigungsbehelfe in der höheren Instanz findet sich bereits oben im IV. Abschnitte mit den nöthigen Bemerkungen in Schutz genommen [17b]). Es muß hier nochmals bemerkt werden, wenn wir schon dermalen mittels der Incidentrestitution die wichtigsten Urkunden und Zeugen, die leicht für sich allein den Ausschlag geben können, in der höheren und letzten Instanz nachgeschoben finden, nur unter der Bedingniß einer Eidesleistung über neues Auffinden, welche von Allen am leichtesten genommen wird und beinahe nie bis auf das Gewissen des Schwörenden hinabreicht, was sollte noch im Wege stehen, ein ähnliches Privilegium der Ergänzung, wie solches bereits die Formel für den Restitutionseid im gemeinen Prozesse ertheilte, als ganz regelmäßig für das Verfahren in zweiter Instanz einzuführen, so oft eine Partei erst hier das Bedürfniß eines weiteren Beweises neu wahrgenommen hat? Von allen Seiten drängen sich daher Betrachtungen in Menge zusammen, um die bisherigen Vorurtheile, welche den anticipirten

17b) Auch nach österreich. Prozesse ist der Richter gehalten, bei Instruirung von Streitsachen, welche im mündlichen Verfahren eingeleitet sind, inquisitorisch zu Werke zu gehen. Hiebei hat er zu beobachten, daß das Wesen des inquisitorischen Verfahrens in der Ermittlung der materiellen Wahrheit durch den Richter bestehe; daß die Parteien und ihre Vertreter keine selbstständige Stellung in der Verhandlung einnehmen, sondern nur Gehilfen des Richters sind; endlich daß die Form ganz und gar untergeordnet ist dem Zwecke, das materielle Recht der Parteien zu ermitteln. Vgl. Beidtel's ord. Verf. §. 79.

Beweis in eine mißliche Entfernung zurückdrängten und gleichsam mit dem Interdikte einer fortwährenden Verdächtigung belegten, zu zerstreuen und deren völligen Ungrund darzulegen[18a]).

11) Diesen kleinen Bedenklichkeiten steht auf der anderen Seite ein großer Vorzug gegenüber, welcher sie alle an Gewicht überbietet und der Vergessenheit überliefern sollte. Der freiwillige Beweisantritt bringt nämlich alle Fragen zur Beurtheilung eines Rechtsfalles auf einen einzigen Plan der Entscheidung; die genaue Kenntniß und der vereinigte Ueberblick der thatsächlichen Anhaltspunkte, in welche ein streitiges Recht verflochten ist, bildet aber eine natürliche Grundbedingniß für die Tüchtigkeit der Urtheilsschöpfung selbst. Das Faktum und seine Feststellung sind ihrer Natur nach präjudiciell für die Anwendung der Gesetze gleichwie der übrigen Rechtsgrundsätze, und sie werden es gewiß zu allen Zeiten bleiben; jede Zerstücklung der Fragen, welche auf die rechtliche Entscheidung von Einfluß sind, jede Abgliederung der einzelnen Bestandtheile eines Endurtheiles in verschiedene Stadien der Ermittlung widerstrebt der Natur, stört die Einheit der Ueberzeugung und muß nur dahin führen, in dem Ganzen Verwirrung zu erzeugen; jede Umdrehung der natürlichen Ordnung, wonach die Ergründung der Thatsachen als Schweif an das Ende verwiesen wird, muß die Gefahren dieser Zerklüftung nur noch vermehren. Ein richterliches Urtheil als das höchste Postulat an den Gebrauch der praktischen Vernunft und den Zweck aller Gerechtigkeit läßt sich nicht stückweise anfertigen, wie die Räder und Federn eines Uhrwerkes, um zuletzt kunstgerecht in einander gefügt zu werden; ein Urtheil, welches den gewissen Hergang der Sache noch nicht kennt, sondern sich nur an die einseitigen und willkührlichen, zum Theile durchschneidenden, zum Theile nach eventuellen Richtungen wieder auseinanderlaufenden Anführungen der Theile anlehnen muß, ein solches Urtheil kann nie vermeiden, an allen Schwächen einer beklagenswerthen Unzuverläßigkeit zu leiden; ein einziger Umstand, Anfangs unbedeutend scheinend, würde oft, hätte man ihn früher gekannt, der Ueberzeugung der Richter eine ganz andere Wendung gegeben haben. Erst alsdann, wenn beide Theile neben der Verhandlung auch den ganzen Schatz ihrer Beweise vor

---

18a) Nach §. 146 der österreich. Gerichtsordnung wird die Beweislast gleichfalls nicht vom Richter ausgesprochen. Jede Partei ist vielmehr verbunden, selbst zu sehen, welche Thatsachen sie zu beweisen habe, und aus eigenem Antriebe die geeigneten Beweismittel beizubringen. Vgl. Beidtel's Lehrbuch über das ordentl. Verfahren in Streitsachen §. 141.

dem Richter ausgebreitet haben, vermag der forschende Blick die Eingeweide des Falles und die Geheimnisse des Rechtes mit jener Schärfe zu durchdringen, welche eine feste Begründung des nachfolgenden Ausspruches verbürgt. Die bayer. GO. selbst hat K. XIV. §. 7 Nr. 3 aus wohl bemessenen Gründen verboten, die Sentenz conditionate mit angehängten Klauseln zu fassen; wo gibt es aber ein tiefer eingreifendes und gefährlicheres Eventualconclusum, als das Beweisinterlokut, welches man eben deshalb definitivam in ventre habens zu nennen pflegt?

12) Allein die bayerische Gesetzgebung ist auch bereits mit dem günstigsten Erfolge in die Bahn eingelaufen, welche darauf hinzielt, die Urtheilsschöpfung in einen verengten Umkreis zu concentriren, es kömmt nur noch darauf an, dieselbe consequent weiter zu verfolgen. Noch in den ersten zwei Decennien des gegenwärtigen Jahrhunderts war das Geschäft der Beendigung eines Rechtshandels regelmäßig in fünf Absätze vertheilt. Zuerst kam ein Vorverfahren über die Pflicht zur unbedingt verweigerten Einlassung, dann die Hauptverhandlung mit dem sie krönenden Beweisinterlokute; ihm folgte der Relevanzbescheid über die Probesätze, dann die Prüfung der geführten Beweise mit dem Prälokut auf Eide der mannigfaltigsten Art, und erst ganz zuletzt das Endurtheil nach Ableistung eines Theiles jener Eide. Jedes dieser Urtheile mußte rechtskräftig werden, ehe das Verfahren weiter fortschritt; die Eventualmaxime war auf solche Weise an vielen Stellen unterbunden, um ein nutzloses Verfahren nicht zu weit hinausspinnen zu können. Da die Gerichtsordnung jeder Präjudicialeinrede die Wirkung beilegte, von der Einlassung zu befreien, aber nicht genau sagte, was zur ersten gehöre, so ergriffen die Anwälte in der sog. exceptio deficientis fund. ag. das unsinnige Mittel, ehe sie auf eine Klage antworteten, vorerst durch alle Instanzen entschieden zu verlangen, ob die Klage auch nach ihrem eigenen Vorbringen gegründet sei. Der Erfolg bestand darin, daß Angriff und Vertheidigung nun völlig in der Prüfung von einander abgesondert waren. Die Novelle v. 1819 hatte diesen Mißbrauch vorläufig auf zwei Instanzen beschränkt, die Novelle v. 1837 hatte ihn gänzlich ausgetrieben, beides in Anwendung der Eventualmaxime, wonach also Jedermann genöthiget wird, auf eine möglicher Weise noch nicht geborne, sonst unzulässige oder doch in sich ungegründete Klage zu antworten, selbst mit seinen Einreden dagegen hervorzurücken, um nur, was zusammen gehört, auch zu einer versammten Entscheidung in einem Urtheile

21*

bringen zu können. Das erste jener neueren Gesetze hat überdies noch den Relevanzbescheid abgeschnitten, und also die Prüfung, ob die Artikel auch erheblich seien, zum Urtheile nach durchgeführtem Beweise verwiesen. Der regelmäßige Verlauf einer Streitsache entwickelt sich also heutzutage nur noch in drei Haupturtheilen, dem Beweisinterlokute, dem Vorbescheide auf Eide und dem Endurtheile; hat Jemand von jener Abkürzung, welche mehrere Fragen auf einen Punkt zusammendrängt, nur den geringsten Nachtheil verspürt, ist irgend eine erhebliche Klage darüber laut geworden? Es wäre nur eine glückliche Consequenz dieser heilsamen Fortschritte auf der Bahn der Vereinfachung, wenn der Grundsatz derselben auf das ganze Beweisverfahren erstreckt, das Beweisinterlokut und der Vorbescheid auf Eide gänzlich unterdrückt würden. Wie sich die Eidesleistung mit in den Bereich derselben Entscheidung ziehen lasse, welche die Beweise prüft, hat die GO. K. XIX. §. 12 Nr. 2 für den Concursprozeß bereits vorgezeichnet und wird in einem der folgenden Abschnitte, welcher vom Eide handelt, noch näher zur Sprache kommen. Auf solche Weise wäre es eine leichte Sache, sobald nur der freiwillig anzutretende Beweis zur unveränderlichen Regel erhoben würde, den ganzen Aufbau unserer Urtheile und ihrer Entscheidungsgründe umzustürzen, zuerst damit anzufangen, was von den Thatumständen des Falles feststehe, und alsdann erst zu dem Rechtspunkte überzugehen, um diese beiden Hauptelemente zu einem solidarischen Ergebnisse in einander zu verschmelzen. Kaum zeigt sich von einer anderen Seite her eine ebenso fruchtbare Reform, welche sich in dem gerichtlichen Verfahren einführen ließe, als eben diese. Wo ein Urtheil in der Sache vermieden wird, da findet sich eben damit ein zweifacher Zug von Rechtsmitteln an die höheren Instanzen abgeschnitten; denn man weiß hinlänglich, daß die Anwälte an jedem Spruche wie an einem gefüllten Schwamme drücken, um Rechtsmittel daraus abträufeln zu machen. Die Natur und die Vereinfachung der Sache gehen daher auf diesem Punkte mit der Beschleunigung und der Ersparung an Kosten Hand in Hand, um der Gediegenheit der Entscheidung bis auf die Wurzel hinab den kräftigsten Vorschub zu leisten.

13) Die Verirrung des deutschen Beweisthema's und des Urtheiles, welches dasselbe losläßt, bis in das Reich des Abentheuerlichen und Ungereimten, muß sich zwar schon aus einem flüchtigen Ueberblicke der ersten Fälle des II. Anhanges leicht abnehmen lassen; um jedoch den vorstehenden Bemerkungen darüber, welch' seltsame und wunderliche Dinge oft in manchen Beweisauflagen geborgen

liegen, einen kräftigeren Nachdruck zu verleihen, mögen wenige Beispiele aus wirklich vorgekommenen Fällen hier eine unterbrechende Stelle finden:

a) Ein wegen außerehelicher Schwängerung belangter Gegner hatte sich bereits vor der Obrigkeit einer auswärtigen Stadt umständlich zur Vaterschaft einbekannt und Alimente zugesichert, auch bald darauf im Inlande förmlich belangt, jenes Geständniß in einem ersten Prozesse vor dem Gerichte seiner Heimath wiederholt. Als aber diese Klage wegen formeller Gebrechen angebrachtermaaßen abgewiesen war und erneuert wurde, nahm er einen Anwalt an, der im zweiten Prozesse Alles widersprach. Das Gericht legte nun der Klägerin den Beweis auf entweder der Beiwohnung in rechter Zeit oder eines jener vorhergegangenen gerichtlichen Geständnisse; obwohl die beiden Protokolle, worin solche vorkamen, den Akten beigeheftet waren, wagte man nicht, in den Fesseln der Verhandlungsmaxime gefangen, einen Blick darauf zu werfen. (RNr. 217, 53/54.)

b) In dem Streite zwischen zwei Brüdern über die Herausgabe des Erbtheiles eines dritten Bruders, der in dem Hause des zweiten verstorben war, legte ein Obergericht dem Kläger Aaron X. den Beweis auf, α) daß Seligmann X. und vor demselben dessen Ehefrau Rebekka X. gestorben sei, β) daß er ein Sohn dieses Seligmann X. sei, γ) daß sein Vater Sel. X. außer ihm noch drei Kinder, Madel, Abraham und Ascher hinterlassen habe, δ) daß er und seine beiden Brüder A. und B. ihre Schwester Madel in einer besonderen Uebereinkunft wegen ihrer Ansprüche an den väterlichen Nachlaß abgefunden haben; ε) daß er und sein Bruder O. mit ihrem Bruder A. den der Klage anliegenden Vertrag vom ... abgeschlossen haben; ζ) daß sein Vater Seligmann X. außer jenen Gegenständen, welche in diesem Vertrage seinem Bruder A. überlassen wurden, noch einen weiteren Nachlaßgegenstand zurückgelassen habe und η) daß sein Bruder A. solchen besitze. (RNr. 331, 53/54.)

c) In Bezug auf eine Klage über verwirrte Gränzen wurde dem Kläger zum Beweise auferlegt, daß die in seiner zweiten Klagsbeilage — einem Grundplane — mit A—B bezeichnete Linie die richtige Gränzlinie zwischen seiner und des Beklagten Hofrieth sei. (RNr. 1195, 53/54.)

d) Ein Kläger hatte zu beweisen, daß das im Streite befangene Bächlein (worüber man nach dem Plane und Augenscheine mit einem Schritte setzen konnte) ein öffentliches Wasser, d. i. ein schiff- und floßbarer Fluß sei. (RNr. 499, 54/55.)

e) Eine klagende Gemeinde sollte beweisen, daß der in ihrer Klagsbeilage angedeutete Weg ein Fahrweg und soweit er durch die Flurmarkung von P. führt, ein Eigenthum der Gemeinde sei; — der Beklagte eventuell, daß bezüglich des fraglichen Weges rechtskräftig entschiedene Sache vorliege und die Gemeinde P. mit ihrer Klage abgewiesen sei. (RNr. 497, 55/56.)

f) Ein Müller erhielt auf seine Negatorienklage zum Beweise auferlegt, daß sein Obermüller damit umgehe, sein Wörth zum Nachtheile der Untermühle um einige Schuhe zu erhöhen; dieser hatte es widersprochen, man wagte aber nicht, ihn beim Wort zu nehmen und ihm ohne Beweisauflage die Aufrechthaltung des alten Zustandes aufzutragen.

g) In dem Streite, den ein Hilfspriester gegen den Fiskus wegen gewisser Erträgnisse seiner Pfründe führte, wurde dem ersten zu beweisen auferlegt, daß

er vom 1. April 1843 bis 31. Juli 1844 zweiter, und vom 1. Aug. 1844 bis 31. Mai 1846 erster Cooperator der Pfarrei N. gewesen sei. Dieser Umstand konnte leicht im Reg.=Blatte gefunden werden, auch lagen die Ernennungen schon bei den Akten, sie waren nur vom Fiskus nicht anerkannt. (RNr. 855, 51/52.)

h) Der Kläger legte einen Vertrag in Abschrift vor, der Beklagte erkannte ihn an, nur mit dem Anhange, für eine gewisse Leistung seien nicht 8 Tage, wie in der Abschrift stand, sondern nur 3 Tage Frist zur Erfüllung bedungen. Anstatt nun die Vorlage des Originals zur Einsicht zu verfügen, was alle Zweifel heben mußte, wurde dem Kläger der Beweis auferlegt, daß inhaltlich des mit W. abgeschlossenen Vertrages eine achttägige oder welch' kürzere Frist bedungen worden sei, um... (RNr. 1562, 53/54.)

i) Der beklagte Aussteller einer Cession, der dieselbe wenigstens unterschrieben zu haben zugestand, aber sich dennoch von ihrem Inhalte los machen wollte, sollte beweisen, daß er des Lesens, und außer seinem Namen auch des Schreibens unkundig sei. (RNr. 1364, 53/54.)

k) Ein Gutskäufer war mit der actio vend. auf Erfüllung des Kaufes belangt, der ihn wieder gereut hatte; in I. Instanz wurde erkannt, Kläger habe zu beweisen, daß er den ihm als Verkäufer gesetzlich und vertragsmäßig obliegenden Verbindlichkeiten nachgekommen sei. Sein Anwalt verlangte appellando, blos beweisen zu dürfen, daß Kläger zur Erfüllung jener Verbindlichkeiten bereit sei. Die II. Instanz legte demselben den Beweis auf, daß dem Käufer die Bewilligung zur Ansässigmachung in der Gem. X. vom LG. ertheilt, die III. dem Beklagten, daß sie ihm verweigert worden sei, ein Umstand, den der einfachste Bericht desselben Landgerichtes, welches auch die I. Instanz in der Sache war, binnen 8 Tagen hätte außer Zweifel setzen müssen. (RNr. 807, 53/54.)

l) Zwischen einem Flößer und Holzhändler, welche in einem dreijährigen, sich über 2000 fl. verbreitenden Geschäftsverkehre standen, ergab sich ein Prozeß wegen der streitig gewordenen Abrechnung. Der Anwalt des Beklagten schlug in seinem Revisionsgesuche an den obersten Gerichtshof ein Beweisthema auf neun vollen Blättern vor, welches 200 Posten umfaßte. (RNr. 451, 52/53.) Aehnliche Fälle kommen nicht selten bei Erbtheilungen, Auseinandersetzungen von ehelichen Gemeinschaften, Liquidationen einer aufgelösten Handelsgesellschaft, separatio feudi vel fideicommissi ab allodio u. dgl. vor.

m) In dem Prozesse wegen Ausübung des Einstandsrechtes wurde dem Beklagten der Beweis seiner drei Einreden auferlegt, entweder daß Kläger nur aus Gewinnsucht und um ihm einen Vergleich abzuschrecken, einstehen wolle, oder daß Kläger im Sinne habe, das retrahirte Anwesen nicht selbst zu behalten, sondern es an einen Dritten zu veräußern, oder daß der zwischen ihm und seinem Vorbesitzer zu Stande gekommene Kauf ein Freundskauf gewesen; — eventuell, wenn dieser alternative Beweis dem Beklagten völlig mißlänge, habe Kläger zu beweisen, daß ihm augenblicklich die Mittel zu Gebote stehen, dem Beklagten mindestens 21,000 fl. hinaus zu bezahlen. (RNr. 1303, 57/58.)

n) Eine sehr beliebte aber immer perplexe Beweisauflage besteht darin, daß Jemand gewisse Auslagen oder Aufwendungen aus eigenen Mitteln bestritten habe, weil hierin blos die Negation liegt, daß er fremdes Geld dazu verwendete, Niemand aber dasjenige zu beweisen braucht, was er blos verneint hat.

o) Der Confessorienklage, womit Jemand die Realität eines erkauften Gewerbes zuerkannt verlangte, widersetzten sich die Gewerbsgenossen hartnäckig, die Ansichten aller Instanzen waren abweichend, zuletzt wurde aber die Realität zugesprochen, nachdem das Gewerbe während des Prozesses neun Jahre hatte ruhen müssen. Als nun der siegreiche Kläger eine Entschädigung von 3000 fl. jährlich für jenen ihm verursachten Stillstand einklagte, wurde ihm in II. Instanz der Beweis auferlegt, daß die Beklagten schon vor Beginn des Prozesses oder wann später wußten, daß das streitige Recht existire, real sei und dem Kläger gehöre. Dieses Wissen konnte nichts anderes als die richtige Prognose des Endurtheiles in dem Hauptprozesse selbst sein, welches zu Stande zu bringen doch so viele Mühe gekostet hatte. (RNr. 572, 54/55.)

p) Auf die Klage eines Landarztes gegen eine Wittwe, womit derselbe 483 fl. für 115 ärztliche Besuche einklagte, wurde der letzteren der Beweis ihrer Einrede auferlegt, daß Kläger ihren verstorbenen Ehegatten an einer Krankheit behandelt habe, die er seiner Instruktion gemäß zu behandeln nicht befugt gewesen. (RNr. 687, 54/55.)

q) Ein besonders reiches Contingent von seltsamen Spielarten der Beweisauflage liefern die Injurienprozesse, z. B. Kläger habe zu beweisen, daß ihn Beklagter mit allen nur erdenklichen Schimpfnamen überhäuft, oder daß er ihn an allen Orten, auf Bierbänken und Kirchenwegen eines an ihm verübten Diebstahles bezüchtiget habe, — oder auch: Kläger habe zu beweisen, daß Beklagter ihn einen schlechten Zinszahler geheißen, Beklagter eventuell, daß Kläger wirklich ein schlechter Zinszahler sei. (RNr. 13, 55/56.)

r) In einer Realinjuriensache lautete das Beweisthema der ersten Instanz nicht minder überraschend: Kläger habe zu beweisen, daß ihm der Beklagte am Sonntag den 8. Juli Abends, als er im Nachhausegehen kaum bei der Taferne in S. vorübergegangen war, einen Stein von der Größe eines Maaskruges in der Art nachwarf, daß derselbe zu allem Glücke noch ganz nahe vor des Klägers Füßen nieder fiel, und daß, wenn er ihn am Kopfe getroffen hätte, er ihn tödtlich verwundet haben würde. — Dieses war nämlich der wörtliche Hauptsatz der Klage. Nach durchgeführtem Beweise wurde in I. Instanz auf den Erfüllungseid des Klägers, in II. auf den Reinigungseid des Beklagten erkannt, daß er dem Kläger keinen großen Stein nachgeworfen habe, der ihm ganz nahe vor die Füße fiel. (RNr. 317, 53/54.) In dieser Eidesformel war also dem Schwörenden ganz anheimgegeben, was ein großer Stein sei und ob derselbe ganz nahe niedergefallen.

An diese kleine Musterkarte von Fällen der seltsamsten Beweisauflagen reihen sich von selbst diejenigen an, welche im vorhergehenden Abschnitte an zwei Stellen (S. 240 und 248) gegeben wurden, sowie die weiteren, welche unten im XII. Abschnitte von Eidesauflagen nachfolgen werden, wobei natürlich immer ein der Eidesformel zum Vorbilde dienendes Beweisthema vorherging.

So groß aber auch immer die Gebrechen sein mögen, welche in diesem Bilde unseren Augen entgegentreten, und so nahe die Abhilfe zu liegen scheint, so kann sich doch Niemand leicht eine

Vorstellung davon machen, mit welch' zäher Vorliebe und warmer Hingebung die deutschen Richter in ihrer großen Mehrzahl an dem rechtskräftigen Beweisthema als einem Grundpfeiler der Urtheilsfindung festhalten. Hier ist ganz der Fall gegeben, um die treffende Bemerkung Boncenne's (T. II. Nr. 262) zu machen und bewährt zu finden: L'accoutumance aime à se considérer comme un type, parceque les habitudes ne se convertissent pas aussi vîte que les idées.

Im natürlichen Verfolge dieses Ideenganges wendet sich die Betrachtung nunmehr zum französischen Beweisinterlokute und seiner Stellung im Prozesse hinüber. Die allgemeinen Umrisse hievon sind bereits oben im III. Abschnitte von dem Systeme der Wahrheitsfindung dies- und jenseits des Rheines (S. 61 u. 66) angedeutet, im besonderen bedürfen aber hier noch mehrere Punkte einer näheren Erläuterung.

1) Der französische Civilprozeß kennt gar kein in sich vereinigtes und solidarisch abgeschlossenes Beweisverfahren, welches an ein festes Stadium im Laufe der Sache gebunden wäre, wie der deutsche; statt dessen hat die Prozeßordnung nur sechs verschiedene Prozedurformen für die einzelnen Beweismittel vorgezeichnet, welche von einander unabhängig auf ganz verschiedenen Punkten auftreten und sich dem ganzen Cyclus des Verfahrens vor dem Endurtheile überall einflechten können, wo die Einsicht eines Erfordernisses den Anstoß hiezu gibt. Die passenden Urkunden werden immer mit jeder Behauptung vorgelegt, die sie unterstützen; Vermuthungen und Schlüsse gehören zu den facultativen Amtsbefugnissen der Richter; die Eide, deren Gebrauch ohnedies so selten ist, daß man sie für aufgegeben halten könnte, haben bei der Materie von der Urtheilsfällung in zwei Artikeln der Prozeßordnung (120 u. 121) eine sehr dürftige Berührung gefunden; das Nöthige vom Geständnisse ist völlig dem Civilrechte und den Civilgesetzen überlassen. Die sechs Abschnitte der Prozeßordnung, welche dem eigentlichen Beweisverfahren gewidmet sind, handeln dagegen in den Art. 193 bis 336 nur von dem Aechtheitsbeweis verläugneter Privaturkunden und dem Fälschungsbeweis der öffentlichen Dokumente, von dem Zeugenbeweise, von dem Augenscheine und dem Gutachten der Sachverständigen, endlich zuletzt von dem Verhöre der Gegenpartei selbst über artikulirte Thatumstände. Auch die Stellung eines solchen Beweisverfahrens im Fortlaufe des ganzen Prozesses ist wesentlich von der-

jenigen verschieden, welche das erstere im deutschen Prozesse einnimmt. Dasselbe bildet nicht ein regelmäßiges Zwischenglied oder ein normales Stadium in der Entwicklung des Hauptverfahrens, sondern vielmehr einen außerordentlichen Incidentpunkt für die Instanz, wo die Sache eben anhängig ist, eine Art von Ersetzung vor der Fällung des Endurtheiles, eine Anomalie seines regelmäßigen Verlaufes, welche man eben deshalb als eine Schwierigkeit zu bezeichnen pflegt. Die wahre Analogie, welche für eine solche Einschaltung der deutsche Prozeß darbietet, findet sich in der Vorschrift der GO. K. XIV. §. 2 Nr. 3 von der Wiederaufhebung des Aktenschlusses, um vorerst eine nähere Auskunft zu erholen, die der Richter noch zu seiner Unterrichtung nöthig hat, und ebenso in K. XV. §. 7 Nr. 9, wonach in Berufungsfällen auch der höhere Richter, wenn er die Sache in facto noch nicht genugsam erörtert findet, dieselbe mit oder ohne Antrag der Betheiligten zur ersten Instanz um der nöthigen Erörterung willen zurücksenden, aber hierauf in der Sache gleich selbst erkennen soll, und zwar abweichend von dem, was hier die GO. will, selbst dann, wenn die Sache vorerst auf einen ordentlichen Beweis ankömmt, wie alles Dieses im III. Abschnitte schon vorübergehend berührt wurde.

2) Da es kein allgemeines und alle Beweismittel zugleich umfassendes Beweisverfahren gibt, so fehlen natürlich in der Prozeßordnung auch allgemeine Bestimmungen hierüber; einige bestimmte Grundzüge finden sich nur beim Zeugenbeweise aufgestellt, der, wenn er zugelassen wird, das meistens ausdrücklich erwähnte Recht mit in sich begreift, sich zu demselben Zwecke auch neuer Urkunden zu bedienen. Die hieher gehörigen Hauptstellen der Pr.-O. sind etwa folgende:

Der Art. 34 vom Verfahren vor den Friedensgerichten, d. i. im mündlichen Verhöre, schreibt vor: Wenn die Theile bei der mündlichen Verhandlung über solche Thatumstände unter sich uneins sind, welche durch Zeugen erwiesen werden dürfen und deren Erprobung der Friedensrichter der Sache förderlich und zuläßig findet, so hat er den Beweis derselben zu verordnen und *dessen Gegenstand genau zu bezeichnen*. Hiemit wäre also das Beweisthema berührt.

Der Art. 252 verordnet vom Zeugenbeweise im ordentlichen Prozesse: Die Thatsachen, welche eine Partei zu beweisen verlangt, müssen bündig durch einen einfachen Antrag artikulirt, und ebenso binnen drei Tagen beantwortet werden.

Art. 253. Wenn die Thatsachen zulässig (admissibles) und widersprochen sind und das Gesetz deren Beweis (durch Zeugen nämlich) nicht verboten hat, so kann derselbe verordnet werden.

Art. 254. Das Gericht kann auch von Amtswegen den Beweis über Thatsachen verordnen, welche ihm schlußbündig erscheinen, wo das Gesetz solches nicht verbietet.

Art. 255. Das Urtheil, welches den Beweis verordnet, muß die zu beweisenden Thatumstände und die Ernennung eines Richters enthalten, vor welchem das Zeugenverhör zu pflegen ist. Hier wäre also wieder etwas Aehnliches wie unser Beweisthema erwähnt.

Nach Art. 256 versteht sich hiebei die Zulassung der anderen Partei zum Gegenbeweise immer von Rechtswegen.

Noch sind hieher anzureihen die Art. 451 und 452 von der Berufung, wonach gegen ein interlokutorisches Urtheil im Gegensatze zum einfachen Zwischenbescheide, welcher ein präparatorisches Urtheil heißt, schon vor dem Endurtheile selbstständig appellirt werden kann, zu den interlokutorischen Urtheilen aber alle zu zählen sind, wodurch das Gericht, ehe es sein Endurtheil erläßt (avant faire droit) einen vorgängigen Beweis, eine Bewahrheitung (vérification) oder eine andere Verhandlung anordnet, welche der Hauptsache vorgreift (qui préjuge le fond.)

Diese wenigen Stellen in ihrer Verbindung genommen würden sich, wenn in das Schwungrad einer befangenen und nach rückwärts strebenden Interpretation gelegt, leicht zu einem Verständnisse hergeben, wonach sich unser deutsches Beweisinterlokut in seiner heutigen Gestaltung darin wiederfinden, und vermöge eines sympathetischen Reflexes das ganze deutsche Beweisverfahren so ziemlich übereinstimmend daraus entwickeln ließe. Denn das Urtheil, welches den Beweis verordnet und seinen Gegenstand bestimmt, scheint ganz mit unserem Beweisinterlokute überein zu treffen, die artikulirten Thatumstände, die es in sich aufnimmt, wären natürlich das Beweisthema; wenn aber der Richter den Beweis auch von Amtswegen verordnen kann, so wird er dieses, da sein Wirken jederzeit ein pflichtmäßiges sein muß, immer zu thun haben, wenn er eine erhebliche Behauptung vom Gegentheile widersprochen und noch ungewiß findet. Das Beweisinterlokut ist einer selbstständigen Berufung unterworfen und muß auch einer Rechtskraft fähig sein, weil es ausdrücklich zu den Zwischenbescheiden gezählt wird, welche der Hauptsache vorgreifen, qui préjugent le fond; man darf sich

hiebei nur erinnern, daß es eine ganz ähnliche Vorschrift der bayer. GO. K. XIV. §. 1 ist, worauf vorzugsweise die Rechtskraft des Beweisthema's im bayerischen Prozesse gestützt wird. Warum also die Rechtskraft des doch so wohl abgemessenen Beweisthema's aufgeben? Mit solchen Argumenten wäre der Ausgang des Prozesses immer wieder in den ewigen Wirbel der Frage geschleudert, ob der auferlegte Beweis auch hergestellt sei oder nicht[18b]).

Eine Bemerkung, welche die ernstlichste Betrachtung verdient, reiht sich hieran von selbst an. Der Entwurf einer neuen deutschen Prozeßordnung, welcher, wie bereits vorgekommen, an jene Bestimmungen der französischen sich anlehnen, dieselben nur in einer freien Bearbeitung wiedergeben wollte, würde gewiß wenig Aussicht darauf haben, in dem bisherigen Verfahren eine gründliche und heilsame Aenderung hervorzubringen. Die Anwälte würden fortfahren, Alles zu widersprechen, was ihnen von den Anführungen ihres Gegners ungelegen oder quer in den Weg kömmt, der Fürsprecher des letzteren aber im Vertrauen auf die noch immer zu erwartende Dazwischenkunft des Richters nicht daran denken, einen Beweis über das Widersprochene freiwillig anzutreten. Die Richter selbst würden sich in jenes im Gesetze ausgesprochene „Können" bezüglich der Auflage eines Beweises von Amtswegen gar nicht zu finden wissen und sich deshalb ganz der Ansicht hingeben, als müßten sie schon vermöge ihrer Amtspflicht jeden widersprochenen, aber zu ihrer Entscheidung dienlichen Umstand vorerst bewiesen verlangen; hiegegen würde dann appellirt, ein feststehendes Beweisthema erwirkt und von der Lösung der hiedurch genau vorgezeichneten Aufgabe wieder der ganze Ausfall des Endurtheiles abhängig gemacht. Alles dieses bliebe in dem alten tief eingeschnittenen Geleise. Man wird aus diesem Verfolge am besten abnehmen können, wie gefährlich es sei, ein neues Gesetz von dunkler Bedeutung auf ein fremdes Gebiet zu verpflanzen, ohne demselben einen Träger für den Geist, in dem es sich entwickelte, zur Begleitung beizugeben.

3) Wesentlich verschieden hievon ist die Auffassung, welche die französische Jurisprudenz jenen wenigen Stellen der Prozeßordnung

---

18b) Auch umgekehrt läßt sich hieran die Bemerkung anknüpfen, die Bestimmungen der bayer. GO. über Beweisthema und Beweisinterlokut würden sich, wenn nur frei von allen Einflüssen des Gerichtsgebrauches auf ihren ursprünglichen Sinn und Geist zurückgeführt, ganz in einer Weise auffassen und handhaben lassen, daß die Haltung des französischen Beweisverfahrens daraus hervorträte.

gegeben hat und zu sichern wußte. Ein Punkt, den der Gerichts-gebrauch hiebei über allen Zweifel erhoben hat, besteht in der Noth-wendigkeit für jede Partei, den Beweis streitiger Thatumstände, den sie führen will oder für nöthig hält, freiwillig anzutreten, oder, wie man dort zu sagen pflegt, ihn anzubieten; ist dieses nicht ge-schehen, so gilt die Partei mit der betreffenden Probe für aus-geschlossen, die letztere selbst wird für nicht wohl möglich gehalten, und keinem Richter fällt ein, was er doch könnte, erst von Amts-wegen einen Beweis aufzuerlegen; der betreffende Thatumstand, wenn er sich nicht auf andere Art in der Verhandlung bewährt findet, wird als nicht vorhanden außer Betracht gelassen, in der Erwägung, daß er unerwiesen sei und die Partei nicht einmal den Beweis darüber anbiete. Es läßt sich auch nicht ein Fall anfüh-ren, daß der Cassationshof ein Urtheil, welches eine Klage als widersprochen und unerwiesen zurückwies, aus dem Grunde auf-gehoben hätte, weil das Gericht erst den vermißten Beweis des ungewissen Klagegrundes von Amtswegen hätte verordnen sollen. Jene Worte des Art. 254: „il pourra ordonner d'office," wie sie an mehreren Stellen wiederkehren, haben die ganze Frage in die billigmäßige Amtsgewalt der Gerichte gestellt, in ihr pouvoir discrétionnaire, über dessen Ausübung sie Niemand zur Rechenschaft ziehen kann. Vgl. Anh. I. Nr. 71. Der deutsche Richter muß den Beweis über das Ungewisse im Grunde der Klagen oder Einreden auferlegen oder glaubt wenigstens dies zu müssen, der französische kann ihn nur auferlegen und er legt ihn darum nicht auf, weil er bestimmt voraussetzt, wenn die Partei gute Beweismittel hätte, so würde sie denselben dem allgemeinen Gebrauche gemäß auch un-aufgefordert angeboten haben. Die Vorsorge der Parteien, jeden Beweis freiwillig anzutreten, gilt in dem Grade für selbstverständ-lich, daß selbst die meisten Lehrbücher über den Prozeß diesen Punkt ganz unerwähnt lassen. Nur Schlink in seinem Kommentar Bd. II. §. 389 Nr. 7 bemerkt hierüber: „Ebenso wird der Richter es zu vermeiden suchen, durch Häufung von Vorbescheiden den Parteien allzugroße Kosten zuzuziehen, indem man in den meisten Fällen unterstellen kann, daß, wenn die Parteien keine Beweise erboten haben, dies weniger aus Unachtsamkeit oder Schwäche der Beur-theilungskraft, als vielmehr darum unterblieben ist, weil sie im Voraus überzeugt waren, daß sie diese Beweise nicht würden füh-ren können." Daß ein Gericht ohne bestimmten Antrag einen Augenschein über den Gegenstand des Streites oder ein Gutachten

von Sachverständigen zu seiner besseren Aufklärung erheben läßt, ist keine so seltene Sache; aber unter fünfzig Zeugenbeweisen, die geführt werden, ist gewiß kaum einer, der von Amtswegen verordnet wäre.

4) Da der freiwillige Beweisantritt im französischen Prozesse nicht blos eine vorherrschende Regel, sondern mit seltener Ausnahme auch das einzige Mittel bildet, um sich mit einem nützlichen und möglichen Beweise Gehör zu verschaffen, so fehlt natürlich darin das förmliche Beweisthema als eine künstliche, scharf zugefeilte und nach allen Seiten abgeschliffene Formulirung der Thatumstände, wodurch das Recht und der Sieg einer Partei bedingt sein sollen, beinahe gänzlich; noch weniger findet sich die subtil combinirte Aufstellung mehrerer in einander greifender Beweisglieder mit ihrer copulativen und alternativen, eventuellen und subsidiären Verkettung. Wer einen förmlichen Beweis durch Zeugen und nebenbei auch mit Urkunden anbieten will, der stellt selbst in jener Lage des Verfahrens, wo er solches am angemessensten findet und wahrnimmt, daß darauf von seiner Seite viel oder Alles ankömmt, etwa mit der Replik des schriftlichen Vorverfahrens oder den motivirten Anträgen, die vor der öffentlichen Sitzung eingereicht werden, oder auch im Laufe der mündlichen Verhandlung selbst, gleichviel ob in erster oder zweiter Instanz, eine gewisse Anzahl artikulirter Thatumstände auf, die sich zuweilen auf zwanzig und dreißig oder noch mehr belaufen, läßt sie dem Gegentheile behufs seiner Antwort zustellen, und übergibt dieselben sodann dem Gerichte in jener Form, wie ein Vertheidiger seine incidenten Anträge im Laufe einer Verhandlung vor dem Schwurgerichtshofe, mit der Bitte, subsidiarisch, d. h. wenn es das Gericht zum Siege seiner Sache noch erforderlich finden sollte, wie wir von unserer Incidentrestitution her bereits gewohnt sind, zu deren Beweise zugelassen zu werden. Niemand beabsichtiget hiebei, zum Voraus eine logische Folge daran zu knüpfen und den inneren Zusammenhang zu präcisiren, durch welchen jene Artikel den vollen Umfang eines obliegenden Beweises erschöpfen oder ein gewisses Endurtheil als nicht mehr trennbare Wirkung hervorrufen sollen; sie sind vielmehr nichts als eine fortlaufende Reihenfolge erheblicher Punkte aus dem thatsächlichen Bestande des Rechtsfalles, mit der Bestimmung, einzeln oder vereiniget, mit demjenigen zusammengenommen, was die mündliche Verhandlung selbst an unmittelbarer Ausbeute liefert, auf dessen endliche Feststellung hinzuwirken und die Urtheilsschöpfung durch das Verbreiten einer größeren

Lichtmasse gründlich vorzubereiten. Eine größere Zahl solcher Artikel thut sich besonders bei dem mittelbaren oder künstlichen Beweise hervor, welcher durch Schlußfolgerung aus dem Zusammentreffen entfernter liegender Umstände abgeleitet wird, wie namentlich über den Zustand des Irrsinnes auf Seite desjenigen, der einen letzten Willen errichtete, oder über die Erschleichung eines solchen durch falsche Vorspiegelungen oder ungestümes Anliegen, oder über die Verleitung zur Eingehung eines Vertrages durch arglistige Kunstgriffe oder die wechselseitigen Beschwerden, welche sich Ehegatten bei Scheidungsklagen zur Last legen. Die einzelnen Anzeigungen werden hier in ebenso vielen Artikeln aufgestellt, und es bleibt dabei vertrauensvoll dem Endurtheile überlassen, aus welcher Combination derjenigen, welche sich darunter bewähren, die Gewißheit des sich vorgesteckten Beweisthema's hervorgehen werde. Diese Artikel sind nun dasjenige, was noch die meiste Aehnlichkeit mit einem sich selbst geschaffenen Beweisthema darbietet; sie sind nicht sowohl formulirte Fragen, wie sie an die Zeugen gestellt werden sollen, sondern weit mehr fortlaufende, aber ungebundene Glieder eines zusammengesetzten Beweisthema's, deren Einwirkung auf die nachfolgende richterliche Entscheidung zur Zeit noch in der Schwebe gehalten wird. Nur in den sehr seltenen Fällen, wo ein Gericht im Abgange von dem stehenden Gebrauche wirklich von Amtswegen selbst die Führung eines Beweises verordnet und also einer Partei auferlegt, muß dasselbe nach Art. 34 und 255 C. Pr. den Gegenstand desselben bezeichnen und also auch ein Beweisthema formuliren, wofür Anh. I. Nr. 88—90, 92, 94 einige Fälle als Beispiele aufstellt.

5) Das französische Beweisinterlokut selbst ist nur ein Zulassungsurtheil, eine Art Relevanzbescheid, welcher erklärt, daß ein gewisses Beweismittel hier überhaupt statthaft und die artikulirten Thatsachen zur Sache gehörig und concludent seien; ja es gehört sogar zu ihrer Zulassung noch eine weitere Eigenschaft, welche manchem deutschen Richter abnorm und kaum glaublich vorkommen dürfte, die Artikel müssen auch wahrscheinlich sein, um sich von dem Versuche ihrer Erprobung einen Erfolg versprechen zu können. Die Worte des Art. 255, der Richter könne die Probe verordnen, verweisen auch diesen Punkt in den Umkreis seiner billigmäßigen Amtsgewalt. Der Art. 1677 C. N. will den Beweis der übermäßigen Verletzung beim Verkaufe nur alsdann zugelassen sehen, wenn die artikulirten Thatumstände auch wahrscheinlich und wichtig genug seien, um eine solche Läsion vermuthen zu lassen; eine

ganz unbezweifelbare Jurisprudenz hat dieses Erforderniß auf jedes Anerbieten zum Zeugenbeweise erstreckt. Bonnier in seinem traité des preuves Nr. 209 bemerkt hierüber: „Sind die Artikel widersprochen, so hat der Richter deren Beweis durch Zeugen nur unter zweierlei Bedingnissen zu verordnen, 1) daß sie zulässig sind, d. i. concludent und auch wahrscheinlich in sich selbst, 2) daß der Zeugenbeweis für die Frage nicht ausgeschlossen ist[19]." (Anh. I. Nr. 81—86.) Von den Beweismitteln stehen bekanntlich nur der Urkundenbeweis und die Eideszuschiebung von Rechtswegen in allen Fällen zu; alle übrigen Beweismittel sind an Bedingnisse gebunden, welche eine besondere Prüfung erheischen und sie müssen eben darum erst durch ein Urtheil zugelassen sein, ehe zu ihrer Erhebung geschritten werden darf. Jedes Beweisinterlokut faßt eben darum den Gegenstand des Beweises in untrennbarer Verbindung mit den Beweismitteln auf, durch welche er erprobt werden soll; dasselbe stellt nie einen zu beweisenden Satz auf, bezüglich dessen es den Parteien überlassen bliebe, wie sie ihn beweisen können oder wollen, sondern es knüpft daran zugleich die Bezeichnung der hiefür zugelassenen Beweismittel[20]. Ein Zwischenbescheid, welcher eine Partei über gewisse Umstände zum Zeugenbeweise zuläßt, würde nie ausreichen, auch einen Augenschein damit eingenommen zu verlangen, wenn auch der letztere noch so zweckmäßig erscheint. Findet ein Gericht ausnahmsweise nöthig, was aber zu den seltensten Fällen

---

19) Carré Qu. 975 bis bemerkt in gleichem Sinne: „Ein Gericht kann den Zeugenbeweis selbst in Fällen, wo er an sich zulässig wäre, aus dem Grunde zurückweisen, weil die artikulirten Thatumstände unwahrscheinlich sind. Dieses ergibt sich schon aus dem anerkannten Grundsatze, daß die Gerichte eine billigmäßige Amtsgewalt haben, den Zeugenbeweis zuzulassen oder abzuschlagen. Der Cassationshof hat selbst unter'm 18. April 1832 entschieden, daß die Richter die Probe durch Zeugen für unstatthaft aus dem Grunde erklären können, daß der angebotene Beweis unmöglich zu liefern sei." — Ein Erkenntniß des Cass.-Hofes v. 14. Mai 1855 stellte erst in neuester Zeit den Grundsatz auf: „Um eine schriftliche Bescheinigung zu bilden, welche die Zulassung zum Zeugenbeweise über einen Umstand erlaubt, ist es nicht hinlänglich, daß die betreffende Schrift von demjenigen herrühre, dem sie entgegengehalten wird; sie muß auch die daraus entnommene Anführung wahrscheinlich machen; die Frage dieser Wahrscheinlichkeit fällt aber ausschließend in das Gebiet der billigmäßigen Amtsgewalt der Richter, welche über das Faktum zu sprechen haben." (Gaz. des Trib. vom 16. Mai 1855.)

20) Der Anh. I. Nr. 94 enthaltene Fall kann als eine gewiß seltene Ausnahme von dieser Regel angeführt werden.

gehört, verschiedene Beweismittel zugleich in Bewegung zu setzen, so erläßt dasselbe ein aus mehreren Verordnungen combinirtes Beweisinterlokut, welches jedem Beweismittel seine vereinzelte Richtung auf einen gewissen Punkt hin anweiset. (Anh. I. Nr. 277.)

6) Auch der präclusive Beweistermin des deutschen Prozesses fehlt in dem französischen, weil die Beweisführung an kein festes Stadium gebunden ist; ein Beweis kann vor und während der mündlichen Verhandlung, mit der Berufung und erst noch bei der Verhandlung vor dem Appellationsgerichte angeboten werden, so lange nur die Sache in der zweiten Instanz nicht für beschlossen erklärt ist. Auch hiezu findet sich etwas Aehnliches in der bayer. GO., welche K. XIII. §. 2 Nr. 3 ausnahmsweise erlaubt hatte, den Haupteid zu allen Zeiten bis vor gänzlichem Beschlusse der Sache zuzuschieben. Erst dann, wenn ein Beweis verordnet ist, laufen für seine Erhebung mehrere strenge Fallfristen, aber nicht für den Antritt oder das Anerbieten selbst. Der weiter oben erwähnte Art. 254 mit seiner Erlaubniß, den Beweis auch von Amtswegen aufzuerlegen, wird sogar von den Gerichten als die Quelle eines nur ihrem Gewissen anvertrauten Rechtes gehandhabt, gegen Versäumnisse, welche bei der Führung des angebotenen Beweises unterlaufen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von kurzer Hand weg zu bewilligen. Wenn eine Partei zum angebotenen Zeugenbeweise zugelassen ist, ihn jedoch rechtzeitig zu führen versäumt hat, oder wenn das Zeugenverhör wegen eines ähnlichen Versehens oder eines begangenen Formfehlers für nichtig erklärt wurde, so kann der Richter denselben Beweis noch immer von Amtswegen auferlegen und dadurch die Partei von den Folgen ihres Versäumnisses wieder frei geben. Vgl. Schlink's Kommentar Bd. II. §. 352 Nr. 1. Der Cassationshof hat dieses in zwei Urtheilen v. 12. Dez. 1825 und 13. Mai 1826 ausgesprochen, „in der Erwägung, daß die vom Appellanten verwirkte Desertion bezüglich des ihm auferlegten Beweises kein Hinderniß dafür bildet, daß der Gerichtshof nicht heute noch in Kraft des Art. 254 C. Pr. ein Zeugenverhör von Amtswegen über dieselben Thatsachen oder einige davon verordnen könnte, wenn ihm diese Thatsachen schlußbündig erscheinen und er die Kenntniß derselben für durchaus nöthig erachtet, um darauf die Zuerkennung des der einen oder der andern Partei zustehenden Rechtes zu gründen; daß schon die Richter der ersten Instanz zu derselben Maaßregel hätten greifen können und sollen; daß dieselbe vom Gesetze zugelassen ist und erst im

vorigen Jahre (1825) vom obersten Gerichtshofe anerkannt wurde [21])." Man wird hieraus abnehmen können, wie nahe die Vergleichung liege, als verhalte sich der Art. 254 über die Beweisauflage von Amtswegen zu Art. 253 C. Pr. über den freiwillig angebotenen Beweis ebenso, wie die Ausnahme zur Regel, oder wie die Befugniß des Schwurgerichtspräsidenten, in der öffentlichen Sitzung zur besseren Aufhellung der Sache nach freiem Ermessen noch Auskunftspersonen zu vernehmen, zu dem ordentlichen Beweise, den der Staatsanwalt und der Vertheidiger durch ihre Zeugenlisten antreten.

7) Die Führung des Gegenbeweises steht nach Art. 256 C. Pr. immer von Rechtswegen zu; hierunter ist aber nur der direkte, und keineswegs der indirekte verstanden. Boitard T. I. Nr. 480 bemerkt hierüber: „Zu jenem offen gehaltenen Gegenbeweise auch den Beweis der Einreden zählen, hieße der Vorschrift jenes Artikels eine zu weite Ausdehnung geben, hierauf war auch die Absicht des Gesetzgebers offenbar nicht gerichtet. Die Umstände, deren Gegenbeweis zulässig ist, sind daher erstens das gerade Widerspiel von demjenigen, was der andere Theil zu beweisen sucht, und alsdann solche Umstände, woraus sich die Unwahrheit desselben mittelbar ergibt, welche das Gewicht der Beweisführung zu verringern, die Glaubwürdigkeit der Beweismittel anzufechten bezielen" [22]). Die Folge hievon besteht darin, daß der Beweis der Einreden, wenn derselbe je neben dem Beweise der Klage vorkommen sollte, in einer ganz anderen Lage der Sache seine Stelle finden kann,

21) Nur dann, wenn ein von der Partei angebotener Beweis wirksam erhoben ist, kann in derselben Instanz nicht nochmals ein Beweis von Amtswegen auferlegt werden. So erkannte wenigstens der pfälzische Cassationshof in München unter'm 16. Mai 1855. Carré dagegen Qu. 977 bis erklärt sich ganz bestimmt für die Meinung, daß ein von der Partei angebotener und geführter Beweis dem Richter nicht das Recht benehme, einen neuen von Amtswegen zu verordnen. Hiedurch allein werde das große Prinzip der billigmäßigen Amtsgewalt aufrecht erhalten, welche das Gesetz den Richtern für die Instruktion des Prozesses einräume.

22) Carré Qu. 990 scheint sich dahin zu neigen, auch Einreden zu diesem Gegenbeweise mit zuzulassen; sein Herausgeber Chauveau tritt aber der umgekehrten Meinung von Boncenne bei, welche mit der Boitard's übereinstimmt. — Beim Zeugenbeweise hat übrigens dieser Vorbehalt des Gegenbeweises nur die Bedeutung, zu den Artikeln des Beweisführers, welche das Beweisthema vertreten, nun auch Gegenzeugen vorschlagen, nicht aber auch, ganz neue Artikel aufstellen zu dürfen, was indessen unschädlich bleibt, weil der Richter in seinen Fragen nicht an die artikulirten Thatumstände gebunden ist. Vgl. Rogron, C. d. Pr. expliqué, zu Art. 256.

als der Hauptbeweis und der direkte Gegenbeweis; die Klage kann in der ersten Instanz durch Zeugen erwiesen, die Einrede in der zweiten erst vorgeschützt und durch eine Urkunde erprobt werden, über welche hier erst ein Aechtheitsbeweis zu führen ist.

8) Das französische Beweisinterlokut wird nie in dem Sinne rechtskräftig, wie man solches von dem deutschen zu verstehen pflegt, es präjudicirt die Hauptsache in der That nicht, was auch immer der Art. 452 C. Pr. darüber sagen mag, es entscheidet die zu seinem Gegenstande gehörige Rechtsfrage nicht zum Voraus in der Hypothese, durch die Herstellung oder das Mißlingen des zugelassenen Beweises ist der Ausgang der Sache noch keineswegs bedingt. Wird der Beweis des Klägers vollkommen geliefert, so kann der Beklagte immer noch von der Klage entbunden werden, weil es der letzteren an einem tüchtigen Klagegrunde fehle oder ihr eine peremptorische Einrede entgegenstehe; schlägt jener Beweis fehl, so kann dasselbe Gericht, welches ihn zugelassen hatte, den Beklagten verurtheilen, weil es hiefür auf die artikulirten Umstände gar nicht ankomme. Die Gerichte pflegen sich diese Freiheit meistens durch ausdrückliche Vorbehalte zu wahren, die gewöhnlich in den Worten gefaßt sind: avant faire droit, tous les moyens de fait et de droit réservés. Wenn dagegen appellirt werden kann, so geht die Beweisauflage zwar in Rechtskraft über, jedoch nur in dem Sinne, daß der zugelassene Beweis nun auch erhoben und später als zulässig gewürdiget werden muß, und kein Gericht sich darüber hinwegsetzen, die Zulassung wieder zurücknehmen oder das Beweismittel bei dem Endurtheile für unstatthaft erklären kann.

Dieser wichtige Punkt kann heutzutage in der französischen Jurisprudenz als eine ausgemachte Sache gelten. Früher gab es allerdings auch unter den französischen Juristen Schriftsteller, welche die Rechtskraft des Beweisthema's vertheidigten, jedoch, wie es scheint, nur in dem verengten Sinne, daß, wenn der Beweis versäumt oder gar nichts bewiesen sei, nicht mehr zu Gunsten des Beweisführers erkannt werden dürfe. Boitard, der hieher gezählt wird, drückt sich hierüber in seinen Leçons zu Art. 451 und 452 C. Pr. T. II. Nr. 688 in folgender Weise aus: „Der Art. 6 des Ges. v. 3. brum. II. verbot förmlich jede Berufung von einem vorbereitenden Urtheile oder Vorbescheide und verstand darunter alle sog. avant faire droit, Alles, was nicht Endurtheil war; auch der Entwurf der neuen Prozeßordnung folgte demselben Systeme; allein mehrere Appellationsgerichte machten Erinnerungen hiegegen, weil

dadurch viele nutzlose Beweisverfahren herbeigeführt würden. Auf diesen Anlaß kam der Art. 452 zu Stande, welcher das interlokutorische Urtheil von dem rein präparatorischen (als den zwei Unterarten des avant faire droit) unterschied und darin kennzeichnen wollte, daß das Gericht dadurch ein Beweisverfahren (durch Zeugen), einen Aechtheitsbeweis (von Urkunden) oder eine andere Erhebung verordne, welche für die Hauptsache präjudiciell sei, — qui préjuge le fond. Hiemit soll aber nicht gesagt sein, fährt derselbe Autor fort, daß, wenn man das Interlokut liest, man sogleich im Voraus auf eine sichere und positive Weise wissen könnte, wie das Endurtheil ausfallen müsse, welches die Meinung der Richter in demselben sein würde; denn wenn das Präjudiz, welches sich an das Interlokut knüpft, im Voraus das Endurtheil offenbarte, so würde es ja selbst ein Endurtheil und alles Uebrige nur eine rein formelle Sache sein. Nein, das Präjudiz, welches das Interlokut nach sich zieht, ist rein hypothetisch und bedingt, hat aber nichts Positives, Bestimmtes und Endgültiges an sich." Nachdem er nun mehrere Beispiele angeführt, fährt derselbe weiter fort: „Man sieht hieraus, in welchem Sinne das Beweisinterlokut die Hauptsache präjudicire; es geschieht dieses zum wenigsten in dem Sinne, daß dasselbe schon dermalen errathen läßt und zu erkennen gibt, wie in einer gewissen Voraussetzung die Entscheidung des Gerichtes bei dem Endurtheile ausfallen werde.

Dem entgegen hat Bonnier in seiner Abhandlung von den Beweisen der gemeinen Rechtsansicht über diesen Punkt einen sehr klaren Ausdruck verliehen. Derselbe bemerkt hierüber unter Andern Nr. 247: „Immer wurde die Maxime beobachtet und unsere alten Schriftsteller haben sich beständig dafür erklärt, daß der Richter, indem er die Probe über gewisse Thatumstände verordnet, sich hiedurch noch auf keine Weise Zwang auferlege, dem Ergebnisse des Zeugenbeweises sein Endurtheil unterzuordnen .... Boitard hat selbst noch, heißt es weiter, zum Art. 452 C. Pr. die Rechtskraft des Beweisinterlokutes vertheidiget; Dupare-Poullain trat ihm scharf entgegen, desgleichen Merlin. Der erstere sagt: „„Jeder Richter, der eine Art Instruktion verordnet, hat immer die Vermuthung für sich, daß er sich die Befugniß vorbehalten habe, unter den Theilen nach Demjenigen, was billig ist, zu entscheiden und folglich demselben alle Berechtigung bis zum Endurtheile offen zu behalten. Oft ist es nur eine vorläufige Instruktion, welche dem Richter den wahren Punkt der Entscheidung vollständig zu entwickeln ver-

mag, und wenn man ihm die Freiheit benähme, das Präjudiz wieder zu verlassen, was er sich selbst durch das Interlokut auferlegte, so würde man ihn, wenn die Erhebung unvollständig ausfällt, in die Nothwendigkeit versetzen, eine Ungerechtigkeit zu begehen, so rein auch seine Absicht zu der Zeit sein mochte, als er das Interlokut erließ."" Auch Merlin sagt Repert. T. V. Art. Jugement §. 3, daß man jederzeit diesen Grundsätzen folgte. Alles zusammengenommen, fährt Bonnier weiter fort, kann das Gericht, indem es eine Maaßregel verordnet, welche es zur Offenbarung der Wahrheit für nützlich hält, in der Partei, welche diese Maaßregel verlangte, eine Hoffnung rege machen, aber es geht, und kann keine Verpflichtung gegen dieselbe eingehen Etwas Anderes ist es, eine Beweisführung für legal und zulässig erklären, und etwas Anderes, sich daran binden, blind nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens zu sprechen, welches Licht auch immer aus einer nochmaligen und tieferen Prüfung der Sache hervorquillen mag ..... Der einer gesunden Theorie angemessenste Gang der Sache ist entschieden der, anstatt den Richter an eine einzige Bahn der Erhebung anzuketten, ihm vielmehr so lange als möglich seine Freiheit aufrecht zu erhalten, im Hinblicke auf fr. 3 §. 2 de test., non ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere."

Auch Carré hat Quest. 1616 den Unterschied zwischen präparatorischen und interlokutorischen Urtheilen, und den Grad, in welchem die letzteren rechtskräftig werden, umständlich erörtert. Sein Herausgeber Chauveau macht in Abs. V. seiner Zusätze hiezu über den wahren Sinn des Satzes: l'interlocutoire ne lie pas le juge, folgende Bemerkung: „In jedem interlokutorischen Urtheile ist der Richter nur durch den dispositiven Theil gebunden, aber nicht durch jenen Theil, welcher blos dessen einstiges Ergebniß in eine gewisse Voraussicht ziehen will, qui ne contient qu'un simple préjugé. Hat man über bestrittene Thatumstände ein Zeugenverhör verordnet, so ist definitiv entschieden, daß dieses Zeugenverhör stattfinden müsse und später nicht wieder umgangen werden könne. Was aber nicht präjudicirt ist, besteht in dem Unterliegen der Partei, welche etwa die angeführten Umstände nicht wirklich zu beweisen vermag. Hat sie diese Probe nicht geliefert, so folgt nicht daraus, daß der Richter sie auch verurtheilen müsse; denn er kann sein eigenes Präjudikat wieder verlassen, sagen, daß die Probe nicht nöthig war und daß sich in der Sache andere Anhaltspunkte in genügendem Maaße vorfinden, um den Obsieg der Partei zu sichern,

deren Beweis mißglückt ist. Hat man die Relevanz gewisser Beweisartikel erklärt, so kann man auf diese Erklärung nicht mehr zurückkommen, weil sie eine endgültige ist; man ist aber nicht an das Ergebniß der Probe gebunden. Hat man die Führung eines Zeugenbeweises verstattet, dessen Zulässigkeit bestritten war, so ist definitiv geurtheilt, daß dieses Beweismittel wirklich zulässig sei, der Richter kann es nicht mehr, weil es über die Gränzen der gesetzlich erlaubten Fälle hinausfalle, zurückweisen. Allein das Präjudiz, daß die Entscheidung der Hauptsache nun auch von dem Erfolge jenes Beweises abhängen müsse, ist nicht damit verbunden, man kann ihm zuletzt noch alle Berücksichtigung versagen. .... Selbst dann, wenn die Theile ein solches Urtheil ohne Verwahrung vollzogen (d. i. den Beweis geführt) haben, sind die Richter nicht an das Interlokut gebunden." Die Quest. 1630 kömmt nochmals auf diese Sätze zurück. In der französischen Jurisprudenz besteht auch nicht der geringste Zweifel mehr über den Satz, daß das Beweisinterlokut den Richter bezüglich der Hauptsache nicht binde. (Vgl. Anh. I. Nr. 101—103.)

9) Als etwas Besonderes, was der deutschen Vorstellung befremdlich vorkommen muß, ist noch das Evocationsrecht der zweiten Instanz in Bezug auf die Führung der von ihr erst zugelassenen Beweise hervorzuheben, weil hiedurch das Recht der zwei Instanzen thatsächlich vereitelt wird. Dasselbe hat seinen Sitz vorzugsweise in Art. 473 C. Pr. wo verordnet wird: „Ist gegen ein Interlokut mit Grund appellirt, dasselbe in Folge hievon entkräftiget worden, und ist die Sache nunmehr so gelagert, daß sie sogleich zu einer endlichen Entscheidung reif befunden wird, so können die Obergerichte in ein und demselben Urtheile zugleich über die Hauptsache selbst erkennen. Dasselbe ist auch umgekehrt der Fall, wenn die Obergerichte, sei es wegen eines Formfehlers oder aus irgend einem anderen Grunde, ein Endurtheil der Vorinstanz abändern." Der vorhergehende Art. 472 hatte bereits verordnet: „Wird ein Urtheil in der zweiten Instanz abgeändert, so steht die Vollstreckung des neuen Erkenntnisses dem Appellationsgerichte zu, welches dasselbe erlassen hat, oder einem anderen von ihm hiezu bezeichneten Untergerichte." Boitard in seinen Leçons bemerkt hierüber, und zwar für's erste zu Art. 457 von dem Devolutiveffekte der Appellation T. II. Nr. 697: „Wenn man sagt, die Appellation sei ein devolutives Rechtsmittel, so will dieses soviel sagen, als daß dieselbe vor dem höheren Richter die ganze Sache

auf's neue in Frage stellt und denselben mit allen Fragen befaßt, welche in der ersten Instanz ventilirt und entschieden wurden, oder wenigstens mit denjenigen, worüber die Appellation besonders eingewendet ist. Mit einem Worte, wenn die Berufung alle Punkte, wie die ursprüngliche Klage, umfaßt, so bekleidet sie auch das Obergericht, an welches sie gebracht ist, mit derselben Ausdehnung, mit demselben Vollmaaße der Gerichtsbarkeit in Ansehung der Thatfrage wie im Rechtspunkte, wie solche die erste Ladung für das Untergericht begründet hatte." Weiter unten bemerkt derselbe insbesondere zu Art. 473 von dem Evocationsrechte der höheren Instanz T. II. Nr. 718: „Wenn die erste Instanz in der Hauptsache erkannt hat, so darf die zweite gerade umgekehrt entscheiden; dieses ist die Folge des Grundsatzes der zwei Stufen der Gerichtsbarkeit. Ist aber dieses derselbe Fall auch dann, und ist das Appellationsgericht berufen und berechtiget, in der Hauptsache zu entscheiden, wenn das angefochtene Urtheil diese noch nicht erlediget hat, z. B. wenn ein Beweisinterlokut erlassen, ein Zeugenverhör verordnet war? Wenn in diesem Falle das Obergericht das Interlokut abändern und zugleich auf den Grund der Sache ein Endurtheil erlassen will, so ist es klar, daß dasselbe die Parteien um eine Instanz verkürzt, und die Sache nur auf einer Stufe erlediget wird. Allein das Gesetz betrachtet diesen Nachtheil für hinreichend ausgeglichen durch die Beschleunigung für die Erledigung der Streitsache und durch die Ersparniß von Kosten. — Was in diesem Falle das Obergericht thun kann, was ihm abweichend von der Regel zweier Stufen der Gerichtsbarkeit erlaubt ist, das darf dasselbe auch in dem zweiten Falle des Artikels, wenn es wegen eines Formfehlers oder jedes anderen die Hauptsache nicht berührenden Fehlers das Urtheil der ersten Instanz aufhebt, wenn nur die Hauptsache selbst gehörig vorbereitet und spruchreif ist. Dieses Evocationsrecht ist daher drei Bedingnissen unterworfen, daß nämlich a) der Gerichtshof ein Urtheil der ersten Instanz entkräftiget, d. i. abändert oder aufhebt, b) daß die Hauptsache spruchreif sei, und c) daß über das Interlokut und die Hauptsache im nämlichen Urtheile erkannt werde."

Berriat St. Prix findet zwar in seinem Cours de Pr. civ. an der betreffenden Stelle Note 113 sehr bedenklich, die Worte des Artikels: „oder wegen jedes anderen Grundes" auch auf ein Incompetenzurtheil zu erstrecken, wie der Cass.-Hof den 23. Januar 1811 und 24. August 1819 erkannt hatte. Gleichwohl hat Rogron,

Code de proced. civ. expl. zu Art. 473 noch ein neueres Erkenntniß dieses obersten Gerichtshofes v. 27. Juli 1829 angeführt, wonach das Appellationsgericht ein Urtheil der ersten Instanz wegen nicht gehöriger Besetzung des Bezirksgerichtes als nichtig aufgehoben, aber dafür nun gleich selbst in der Hauptsache erkannt hatte, wogegen der Cassationsrecurs zurückgewiesen wurde.

Auch Carré bemerkt in gleichem Sinne Qu. 1698 bis richtig, „daß es sich im Art. 472 nicht um die Vollstreckung der Definitivurtheile in der Hauptsache frage, sondern nur um die Vornahme solcher Prozeßhandlungen, welche bestimmt sind, ein Urtheil zu ergänzen, umzuarbeiten, zu erläutern oder auszulegen, z. B. wenn die vorgängige Ableistung eines Eides verordnet wird, ist derselbe gleich bei dem höheren Richter zu schwören; ist ein Schadensersatz nach vorgängiger Liquidation (par état) zuerkannt, so ist diese gleich in der oberen Instanz zu pflegen. Mit einem Worte, man wollte dem Unterrichter, dessen Entscheidung entkräftiget wird, das Erkennen über die Schwierigkeiten entziehen, welche sich an den Hauptstreitpunkt anknüpfen und in den Eingeweiden des Prozesses ihren Sitz haben, weil man ihn einiger Parteilichkeit oder Befangenheit hierin für fähig hielt." — Ferner Qu. 1698 quater.: „Hat der Oberrichter durch ein Interlokut einen Beweis verordnet, so muß er ihn auch vor seinen Schranken erheben lassen, der Antrag hierauf mag bereits in erster oder erst in zweiter Instanz vorgekommen sein; außerdem würde ja die erste Instanz zweimal ein Endurtheil zu fällen haben, wozu sie nicht mehr competent ist." Die Lehre von dem Evocationsrechte des Oberrichters hat Carré Qu. 1702 umständlich behandelt. Er bemerkt gleich im Eingange, dasselbe sei heutzutage facultativ; nach der Aeußerung des Redners der Regierung im gesetzgebenden Körper überstelle es das Gesetz der Weisheit der Richter, zu entscheiden, ob in Fällen, wo sie abändern, es nicht nutzlos, ja zuweilen sogar nachtheilig wäre, die Sache nochmals die zwei Instanzen der Gerichtsbarkeit von unten auf durchlaufen zu lassen. Es kann sich daher oft ereignen, daß der Appellationsrichter in der Hauptsache erkennt, ohne daß der Unterrichter diese noch entschieden hätte, und umgekehrt, da der Art. 473 die Zurückverweisung an keine Bedingniß knüpfte, und ebenso, daß er die Hauptsache nochmals zurückverweiset, obwohl der Unterrichter sich bereits darüber ausgesprochen hat. In 15 Paragraphen werden hierauf alle denkbaren Evocationsfälle einer Prüfung unterworfen und insbesondere hierunter dem Oberrichter die Evocation

verstattet, wenn in erster Instanz eine Voreinrede zugelassen, oder ein Incompetenzurtheil gefällt war, oder wenn das erstrichterliche Urtheil wegen nicht gehöriger Besetzung des Gerichtes oder irgend eines begangenen Formfehlers aufgehoben wird [23]).

In der Praxis findet die Sache heutzutage nicht den geringsten Anstand mehr. Hat die erste Instanz ein Interlokut erlassen, namentlich z. B. den Zeugenbeweis verordnet und die zweite Instanz bestätiget dasselbe, so wird der Beweis in der ersten Instanz geführt und erhoben und darauf hier auch das Endurtheil erlassen. Hat aber erst das Appellationsgericht auf Beweis erkannt, so wird auch das Zeugenverhör sogleich hier erhoben und sodann über die ganze Sache gesprochen, jede Zurückverweisung unterbleibt alsdann. Dasselbe gilt auch vom Augenscheine, dem Gutachten von Sachverständigen, der Abnahme eines auferlegten Eides und den übrigen Beweismitteln. (Vgl. Anh. I. Nr. 92, 95, 271 b, dann 186, 273 und 318.)

10) Ist nunmehr der zugelassene Beweis erhoben, gleichviel, in welcher Instanz, so bilden seine Ergebnisse und die neuen Aufklärungen, die er geliefert, nur eine der Grundlagen, auf welche das Endurtheil zu stützen ist. Da das Beweisthema in keinem Theile rechtskräftig war, das ganze Beweisverfahren vielmehr nur einen Zwischenpunkt bildete, so muß die Sache in derselben Instanz, wo der Beweis erhoben wurde, auf's Neue verhandelt werden, wobei dann die Zeugen- oder Parteiverhöre, die Augenscheinsprotokolle

23) Pigeau, II, 4 Tit. I. Ch. 1 bemerkt über denselben Gegenstand: „Wenn die Hauptsache zugleich in erster Instanz mit abgeurtheilt ist, die zweite Instanz aber, indem sie das Interlokut der ersten abändert, sich nicht im Stande fühlt, zu gleicher Zeit über das damit verbundene Endurtheil zu sprechen, welches die Hauptsache bildet, so beschränkt sie sich darauf, das Interlokut außer Wirkung zu setzen, und ehe sie ihre Entscheidung selbst gibt (avant faire droit), dasjenige zu verordnen, was angemessen scheint, das Obergericht in den Stand zu setzen, in der Hauptsache selbst zu erkennen und solche richtig zu würdigen.“ — Weiter unten fährt derselbe Autor nach einem eingeschalteten Beispiele fort: „Wenn die Richter der ersten Instanz ihre Amtsgewalt einmal verbraucht haben, indem sie in der Hauptsache erkannten, so ist die neue Instruktion der Sache vor dem Oberrichter zu pflegen, welcher sie verordnet hat; ist sie später gepflogen, so urtheilt eben derselbe gleich in der Hauptsache. Ist dagegen über die Hauptsache in erster Instanz noch nicht erkannt und man findet auch in zweiter Instanz die Sache noch nicht spruchreif in der Hauptsache aus Anlaß eines doch zur Abänderung geeigneten Interlokutes, so beschränkt man sich hier darauf, dasselbe außer Wirkung zu setzen, und man überläßt alsdann die Hauptsache dem Richter der ersten Instanz zur nochmaligen Entscheidung.“

und Gutachten der Kunstverständigen verlesen und mit den übrigen Behelfen, An- und Ausführungen, welche die mündliche Verhandlung im Sachverhalte wie im Rechtspunkte der richterlichen Beurtheilung unterbreitete, in Verbindung gebracht werden. Die frühere Verhandlung, die längst in den Wind verhallt ist, bleibt dabei völlig außer Betracht und übt in keiner Beziehung einen präclusiven Einfluß auf die nachfolgende aus; Niemand wird dabei mit dem Einwande gehört, der sich gar nicht constatiren ließe, daß ein geltend gemachtes Hilfsmittel neu und bei dem ersten Redewechsel nicht vorgekommen sei. Die Sache verhält sich in ähnlicher Weise, wie in einem Strafrechtsfalle, wenn die Sache nach Art. 319 des neuen Strafprozeßgesetzes vertagt ist, um neue Erhebungen zu pflegen, wo bei deren Wiederaufnahme die neue Verhandlung sich über alle Punkte der Beschuldigung verbreiten muß und keine derselben präjudicirt ist. Nur die Bitten, welche in der schriftlichen Vorverhandlung aufgestellt sind, dürfen nicht überschritten werden, die Art ihrer Begründung ist aber noch ganz frei und ungebunden. Das Endurtheil wird vielmehr ganz auf den Stand der Sache gegründet, wie er sich durch die erhobenen Beweise und bei der jüngsten Verhandlung der Sache herausgestellt hat, ganz in dem Sinne, wie solches der Art. 173 des bayer. Strafprozeßgesetzes von 1848 für die Fragenstellung an die Geschwornen vorgeschrieben hat.

Aus einem Ueberblicke der voranstehenden Bemerkungen wird sich leicht von selbst ergeben, wie abweichend und bis auf den Grund verschieden die Stellung sei, welche das Beweisinterlokut und das ganze Beweisverfahren im französischen Prozesse, dem deutschen gegenüber gehalten, einnehmen. Jedes solche Beweisverfahren bildet dort nur einen vorbereitenden Zwischenfall, um die Einsicht des Richters, der solches nöthig findet, noch besser aufzuklären, und dieser Zwischenpunkt kann dem Hauptverfahren in jeder Lage und an einer selbst gewählten Stelle eingeschaltet werden, wo sich immer ein sichbares Bedürfniß dazu hervorthut. Diese Zulassung und Führung eines Beweises erschöpft aber nie das Recht der Partei, ihre übrigen Behelfe jeder Art zur besseren Aufklärung der Sache noch geltend zu machen, sie verschließt der Gegenpartei nie den Rückgriff auf Vertheidigungsmittel, welche den geführten Beweis, sei er auch noch so glänzend gelungen, als nutzlos und unerheblich darstellen. Aus dem nützlichen Gebrauche dieser Prozeßrechte und der freien Beweglichkeit des Ermessens, wo jedes derselben am besten eingreife, ergeben sich mannigfache Combinationen der Beweise

mit der Rechtsverfolgung selbst. Ein Kläger wird vielleicht zum Beweise des widersprochenen Grundes seiner Klage, den er vor oder während der mündlichen Verhandlung anbietet, zugelassen und liefert denselben; wenn die Sache nun wiederholt zur Verhandlung kömmt, tritt aber der Beklagte mit einer vorher gar nicht berührten Urkunde hervor, wonach seine Schuld getilgt oder durch Compensation erloschen ist; der Beklagte muß hier unbedenklich von der Klage entbunden werden. Oder dieser Beklagte läßt sich in erster Instanz verurtheilen, bringt aber erst mit seiner Berufung jene Urkunde bei oder verlangt selbst bei der mündlichen Verhandlung vor dem Appellationsgerichte aushilfsweise zu einem Zeugenbeweise darüber zugelassen zu werden, daß er zur Eingehung der Schuld betrüglich verleitet worden sei. Der Beweis wird zugelassen und gestellt, der Beklagte daher nunmehr erst aus einem in der ersten Instanz gar nicht vorgekommenen Grunde in der zweiten von der Klage entbunden. Am allerhäufigsten tritt wohl der Fall ein, daß ein Kläger in der ersten Instanz unterlegen ist, weil er den Grund seiner Klage bei der mündlichen Verhandlung nicht gehörig festzustellen vermochte, daß er dagegen die Berufung ergreift und damit aushilfsweise die Bitte verbindet, ihn über mehrere artikulirte Thatumstände zum Beweise durch Zeugen und Urkunden zuzulassen, was ganz unbedenklich geschehen kann. Die Berufung ist nach allem Dem als ein umfassendes Rechtsmittel für die Sache im Ganzen nach ihrem ursprünglichen Stande und dem vollen Umfange aller darin begriffenen Fragen genommen zu verstehen, welches die in erster Instanz verschlossenen Pforten der Präclusion wieder eröffnet, aber nicht in dem verengten Sinne des deutschen Prozesses, als müsse jeder einzelne Streitpunkt die zwei Stufen der Gerichtsbarkeit durchwandern und daher bei der untersten immer den Ausgang nehmen. Das Gesetz nahm an, wie Boitard treffend bemerkte, wenn jeder Partei zwei Kampfplätze hintereinander eröffnet seien, um den Streit auszufechten, der eine für das Vorspiel vor den Schranken eines Untergerichtes, der andere, soweit noch erforderlich, für die entscheidende Hauptaktion auf dem Felde des Obergerichtes bestimmt, von denen der erste zugleich den Vortheil gewährt, alle Schwächen der eigenen Sache zur Einsicht zu bringen und da, wo es Noth thut, eine tüchtige Reserve mit in die Linie ziehen zu dürfen, so könne sich Niemand mehr mit einigem Grunde über eine Verkürzung des Gehörs, über eine Beengung der Mittel zum Angriffe oder eine Beschränkung der Freiheit in seiner Vertheidigung beschweren.

Allein noch eine wichtige Abweichung in dem äußeren Hervortreten, welche den deutschen Beobachter mehr als alles Bisherige überraschen und zum Nachdenken veranlassen muß, bietet die große Seltenheit eines förmlichen Beweisverfahrens und die kurze Dauer seiner Vollführung im französischen Prozesse dar. Im deutschen Verfahren ist das Beweisinterlokut eine ganz gewöhnliche und regelmäßige Erscheinung in der Mitte eines Rechtsstreites, welche zu der längsten und am meisten verwickelten Episode desselben die Einleitung trifft; das Recht zur Beweisführung ist für jede Partei etwas planes und selbstverständliches, was der Richter auf der ersten Stufe seiner Reflexion gutwillig umfaßt, und dem er von freien Stücken die Thüre öffnet, um sich aus der Ungewißheit herauszuhelfen. Im französischen Prozesse dagegen bildet das Anerbieten, einen Beweis zu führen, den letzten Nothanker einer Partei, das Beweisverfahren selbst eine seltene und so lange es sich nur immer thun läßt, vermiedene Ausnahme, in den Augen der Richter erscheint dasselbe gewissermaaßen als ein knorrigter Auswuchs in dem geraden Stamme einer Rechtsverfolgung, dem man auf jede Weise vorzubeugen sucht. Um die Zulassung zu einem Beweisverfahren, von welchem wieder der Zeugenbeweis den häufigsten Fall bildet, wird von den Parteien selten gebeten und diese Bitte noch seltener bewilliget; ist der Beweis auch in erster Instanz zugelassen, so wird er häufig wieder in der zweiten abgeschnitten und sogleich auf den Grund der Hauptsache erkannt. (Vgl. Anh. I. Nr. 96, 192, 193, 197, 271 a.) Dieses letztere bildet den vorherrschenden Fall und gewährt den vorzüglichsten Nutzen für die Erlaubniß, das Beweisinterlokut mit selbstständiger Berufung anzugreifen; von einer Versetzung der Beweislast oder Abänderung eines Beweisthema's ist bei solchen Beschwerden nirgends die Rede. So lange es nur immer möglich ist, suchen die Gerichte und besonders die Obergerichte eifrig alle Wendungen hervor, um sich mit den Urkunden und Umständen des Falles, die sämmtliche schon in der mündlichen Verhandlung vorkamen, mit Hilfe der Offenkundigkeit und ihrer eigenen Einsichten das unumgängliche Licht über den Stand der Thatfragen zu verschaffen und sich, so gut es nur immer gehen mag, auf einen vorspringenden Höhepunkt zu schwingen, welcher den nothdürftigen Einblick in die innere Verkettung eines verworrnen Rechtshandels gewährt; sie bieten Alles auf, um die Weiterungen eines Beweisverfahrens zu ersparen, welches die bereits umständlich gepflogene Verhandlung in den Wind verhallen, ihren ganzen Erfolg wieder zu Nichts werden ließe.

Sie glauben lieber etwas von dem, was die Theile vorbringen, um nur nichts hören zu müssen, was erst Zeugen zu bekräftigen Lust haben. Den Schluß der Entscheidungsgründe zu einem solchen Ausspruche bildet dann meistens der Satz, daß unter solchen Umständen die aufgestellten Artikel zum Theile nicht mehr erheblich und concludent genug, zum Theile schon jetzt durch die Umstände des Falles widerlegt seien, oder auch, wären sie gleich erwiesen, zu der daraus gezogenen Folgerung nicht hinführen würden, weshalb sich nicht dabei aufgehalten werde. Das Beweisinterlokut und das Beweisverfahren mit dem Hauptfalle des letzteren, dem Zeugenbeweise werden von den französischen Richtern als verdächtig mit scheelen Augen angesehen und beinahe feindselig behandelt; jeder Seitenweg, jede Combination von Umständen und Gegengründen ist ihnen willkommen, wird sorgfältig hervorgesucht und eifrig benützt, um dieselben zu umgehen oder wie immer darüber hinwegzukommen. Von unseren ausgedehnten Beweissätzen und vielfach verschlungenen Gliedern eines Beweises, von einer gleichzeitigen Auflage von Klags- und Exceptionsbeweis ist vollends nirgends eine Spur zu finden; in den zur Veröffentlichung gekommenen Civilrechtsfällen wird es schwer sein, ein Beispiel zu finden, daß in einem Interlokute für beide Theile zugleich auf Beweis und Gegenbeweis wäre erkannt worden; die weiteren Aufschichtungen von eventuellen und alternativen Re- und Dupliksbeweisen würden für den einfachen französischen Gesichtspunkt zu den monströsen Ausgeburten einer deutschen Gründlichkeit zu zählen sein [24]). Ist aber ein solches Beweisverfahren für das eine oder das andere Beweismittel einmal zugelassen, so sind die betreffenden Erhebungen so kurz und schnell beendiget, daß sie kaum den zehnten Theil der Zeit und des Raumes ausfüllen, in denen sich ein deutsches Beweisverfahren ergeht; der ganze Zeugenbeweis, welcher doch am ersten der Weitläufigkeit ausgesetzt ist, muß nach Art. 278 C. Pr. in der Regel in acht Tagen vollendet sein und diese Frist darf nur einmal verlängert werden. Schon die Eigenschaft eines Zwischenpunktes für dieselbe Instanz,

24) Als dieser Abschnitt bereits vollendet war, fand sich zum erstenmale in der Gaz. des Trib. vom 18. Okt. 1855 ein Fall abgedruckt, worin der Gerichtshof in Caen dem Confessorienkläger, welcher das Lichtrecht gegen einen benachbarten Hof in Anspruch nahm, die erwerbende Verjährung durch dreißigjährigen Besitz, seinem Gegner aber im nämlichen Urtheile in fünf Gliedern eines Beweisthema's verschiedene Akte der Unterbrechung des ruhigen Besitzes zum Beweise auferlegte.

wo die Hauptsache anhängig ist, trägt wesentlich zur Förderung des Beweisverfahrens bei, gleichwie auch im deutschen Prozesse eine Ersetzung nach GO. K. XV. §. 7 Nr. 9 vor dem zweitrichterlichen Urtheile weit schneller erschöpft ist, als ein Beweisverfahren von den kleinsten Proportionen.

Eine kritische Vergleichung dieser weit voneinander entfernt liegenden und gerade umgekehrten Rechtszustände dies- und jenseits des Rheines kann hier füglich umgangen werden; die beste Empfehlung der französischen Einrichtung ergibt sich im Wesentlichen schon aus demjenigen, was oben im Eingange dieses Abschnittes zur Berichtigung der Begriffe und der Grundregeln vorkam, die unser deutsches Verfahren beherrschen. Wer indessen dem Gange dieser Entwicklung mit einigem Interesse folgte und die dazu gehörigen Beispiele des ersten Anhanges Nr. 71—103 damit verglich, wird sich hier am Schlusse von selbst zu der Frage versucht fühlen: Worin liegt denn das Geheimniß, welches die französischen Gerichte in den Stand setzt, sich in der Regel mit der mündlichen Verhandlung der Sache, mit den Urkunden und Umständen des Falles für ihre Information zu begnügen und das förmliche Beweisverfahren, vor Allem den Zeugenbeweis in einer heilsamen Entfernung zu halten, zu der wir Deutsche es nicht zu bringen vermögen? Die treffende Antwort hierauf muß auf mehrere Ursachen zugleich hinweisen; die hervorstehendsten darunter sind etwa folgende[25]):

a) An erster Stelle kömmt hier die löbliche Gewohnheit offener Mittheilung und wahrheitsgetreuer Erwiederung bei der mündlichen Verhandlung der Sache in Anschlag, die redliche Sprache von offener Brust hinweg, welche dort die glückliche Regel des Verhaltens bildet, ohne sich frivole und vermessene Widersprüche zu erlauben, deren Ungrund in die Augen fällt; die allgemeine Uebung bringt es unter der Herrschaft jener Gesetze mit sich, nur dasjenige in Abrede zu stellen, was auch geheim und des Geheimnisses fähig ist.

b) Demzunächst tritt als ebenso kräftig wirkende Ursache hinzu die freie Kritik des Widerspruches der Thatsachen und der Abläugnung von Urkunden, welche den Gerichten zukömmt, die natürliche Prüfung ihrer Haltbarkeit und Ernstbemessenheit, mit der Befugniß, sich über beide aus freiem Antriebe hinwegzusetzen, einen wider-

25) Die Verwunderung der Bl. f. RA. Bd. XII. S. 63 Note 41 über die geringe Zahl der Interlokute, welche bei den französischen Gerichten vorkommen, möge hierin eine Erwiederung finden.

sprochenen Vorgang aus den übrigen Umständen als nicht bezweifelbar anzunehmen, eine beanständete Urkunde auf den ersten Anblick als ächt und einwendungsfrei gelten zu lassen oder auch als falsch zu verwerfen.

c) Um nichts minder trägt hiezu bei die vorgeschriebene Verbindung des Urkundenbeweises mit der Verhandlung selbst, wobei nie vom Gegner eine nutzlose Schwierigkeit gemacht wird, unverdächtige Urkunden anzuerkennen. Selbst die erst in der Sitzung vorgelegten Briefe, Zeugnisse, Zeitungen und andere Druckschriften finden hier ohne alle vorgängige Mittheilung und weitere Instruktion noch Glauben und soviel Beachtung, als ihnen ihrer Natur nach zukömmt, — pour y avoir tel égard que de raison.

d) Dazu kömmt noch die freie Beweglichkeit des Gedankens, Vermuthungen aller Art zu Rath zu ziehen und daraus die Gewißheit zu schöpfen, wo sich nur immer ein Anlaß dazu ergibt, als das vorzüglichste Mittel, den so verdächtigen und aufhaltsamen Zeugenbeweis, den eine Partei in die Mitte einer Verhandlung werfen möchte, zu umgehen. Die Gerichte tragen nur selten Bedenken, aus dem Gange der Verhandlung selbst, der inneren Begründung und äußeren Glaubwürdigkeit der entwickelten Behelfe ihre Ueberzeugung zu befestigen, indem sie den gewagten Vorschub einer aus der Luft gegriffenen Behauptung ebenso, wie den leichtfertigen Widerspruch, als nicht ernst gemeint oder von allen Urkunden und Umständen des Falles bereits widerlegt bei Seite setzen.

e) Weiter ist hier zu bedenken, daß die Gerichte die Notorietät auf einem ausgebreiteten Fuße mit zu Hilfe nehmen und sich um den versuchten Widerspruch dessen, was nach ihrer Ueberzeugung einmal offenkundig ist, nicht bekümmern, daß sie dasjenige, was sie selbst aus objektiv frei zugänglichen Quellen wissen, in die Verhältnisse des Falles als eine ausgemachte Sache übertragen und solche Punkte des Thatbestandes, welche im Wege der Publicität bereits constatirt sind, wie durch Vorakten, Voruntersuchungen, Erhebungen der Verwaltungsbehörden, Zeugenverhöre und Gutachten von Sachverständigen in Administrativakten, sich sogleich vor Augen legen lassen, aber nicht erst von den Parteien erwiesen verlangen.

f) Hiemit hängt wohlthätig zusammen eine freiere und weniger ängstliche Auffassung der Verhandlungsmaxime, worüber der nächstfolgende Abschnitt die näheren Erläuterungen liefern wird.

g) Ein sehr beachtenswerther Hauptgrund beruht noch in der verengten Zulässigkeit des Zeugenbeweises und dem regelmäßigen

Erfordernisse der Probe durch Urkunden, welche immer der Verhandlung selbst mit einverwebt ist, für Verträge und Willensakte, ja selbst für den Beweis der Zahlung.

h) Ein weiterer Grund findet sich in der facultativen Behandlung der Zulassung zu einem besonderen Beweisverfahren selbst da, wo ein Beweismittel vom Gesetze nicht ausgeschlossen ist, in der Handhabung jener billigmäßigen Amtsgewalt, welche den Gerichten eine vorläufige Beurtheilung aller Beweismittel, des reellen Interesses an ihrem Gebrauche und ihres möglichen oder wahrscheinlichen Erfolges anvertraut, wonach dieselben nichts in ein Beweisverfahren hinübertreten lassen, was das Gepräge der Erdichtung, der Unwahrscheinlichkeit oder eines vergeblichen Ausganges an der Stirne trägt.

i) Endlich ist unter jenen Ursachen noch in einen wesentlichen Betracht zu ziehen, daß die Gerichte nicht verbunden sind, ein Gutachten von Sachverständigen zu erholen, wo ihre eigenen Einsichten zu einer Erkenntniß hinreichen, daß ihnen das weite Feld der gemeinen Erfahrung des Lebens zum Gebrauche für ihre Aussprüche offen steht, daß ihnen insbesondere verstattet ist und sie sich das Ansehen hiezu selbst beilegen, als Schätzer und amtliche Schiedsrichter den Anschlag des Schadensersatzes oder des Werthes unbekannter oder verschwundener Gegenstände und Erfolge nach freiem Ermessen, soweit die Anhaltspunkte des Falles reichen, selbst festzustellen, daß sie der Gerichtsgebrauch ermächtiget hat und sie sich selbst ganz unbedenklich daran wagen, das Urtheil über jede Angemessenheit oder Ueberspannung nach all' den vorbemerkten Richtungen aus sich selbst und ihrer gewissenhaften Ueberzeugung zu schöpfen, ein Punkt, worüber unten der letzte Abschnitt von den Entschädigungsklagen mit den dazu gehörigen zahlreichen Fällen des ersten Anhanges die näheren und gewiß überraschende Aufschlüsse ertheilen wird.

Welche große und radikale Veränderung die Aufstellung ähnlicher Grundsätze und der Gebrauch der daraus hervortretenden Freiheiten in dem deutschen Prozesse herbeiführen müßte, wird das einfache Nachdenken hierüber für Jeden, der der Sache kundig ist, leicht zu ermitteln und in die Vorstellung einzuzeichnen im Stande sein.

Nach dem Vorgange, der sich bereits oben im IV. Abschnitte (S. 193) von der Verhandlung der Sache einfindet, möge auch hier am Schlusse noch die kurze Andeutung einiger Grundzüge über die Mittel stehen dürfen, wodurch sich etwa im deutschen Prozesse

das Beweisverfahren, soweit ein solches überhaupt unvermeidlich ist, neu aufrichten, sein Gang in einen lebendigen und dem wahren Ziele schnell zueilenden Umschwung bringen ließe.

1) Als unabänderliche Regel müßte die Pflicht zum freiwilligen Antritte aller Beweise und Gegenbeweise aufgestellt werden, womit eine Partei sich Gehör verschaffen will; nur zur Ergänzung beider könnte dann dem Richteramte vorbehalten bleiben, die in den Verhandlungen sich weiter darbietenden Anhaltspunkte auch von Amtswegen erheben zu lassen, beiläufig ebenso, wie schon dermalen einem deutschen Gerichte freisteht, nur beschränkt auf ein einziges und sehr unsicheres Beweismittel, den Erfüllungs- oder Reinigungseid über einen noch zweifelhaften Umstand unter den Parteien zu vertheilen[26].

2) Beide Parteien haben die Anführung oder den Widerspruch der zur Sache gehörigen Thatumstände, sie seien Klagegrund, Einreden oder was sonst, sogleich mit den zu ihrer Unterstützung dienlichen schriftlichen Behelfen zu begleiten, und auf erfolgten Widerspruch oder verweigertes Anerkenntniß mit ihrem nächsten Satze die förmliche Anzeige der übrigen ihnen zu Gebote stehenden Beweise zu verbinden; den Gerichten bleibt überlassen, die Erhebung derselben zu verordnen, insoweit sie dieselben zu ihrer Aufklärung nothwendig oder zur Vorbereitung des Urtheiles nützlich finden.

3) Eine Beweisauflage, die Aufstellung eines Beweissatzes und die Rechtskraft eines solchen finden nicht statt. Die verordnete Erhebung eines Beweises hält den Gerichten immer die Würdigung aller thatsächlichen und Rechtsbehelfe für die Hauptsache offen.

4) Beweismittel, deren späteres Auffinden von einer Partei bescheiniget oder mittels Betheuerung glaubwürdig dargelegt wird, können in jeder Instanz noch bis zur schlüssigen Austragung der Sache nachgetragen werden, wenn es so rechtzeitig geschieht, daß deren Erhebung noch ohne Aufenthalt und Schwierigkeit möglich ist. Die Kosten eines solchen Nachschubes bleiben der betreffenden Partei allein zur Last; die Zulassung desselben fällt immer in die billigmäßige Amtsgewalt der Richter.

---

26) Noch auf einem anderen Punkte ist dieselbe Art der Concurrenz bereits gangbar. Bei dem Augenscheine, der mit Beiziehung von Sachverständigen abgehalten wird, hat ein Gerichtsgebrauch, der selbst den Beifall der eifrigsten Anhänger der Verhandlungsmaxime für sich hat, einen Modus eingeführt, wonach jeder der Theile einen, der Richter den dritten Sachverständigen ernennt. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXIII. S. 145.) Warum sollte nicht jede Erhebung von Beweisen der Regel einer solchen vereinigten Mitwirkung dreier Faktoren mit gleich gutem Grunde zu unterwerfen sein?

5) Die Beweisführung erfolgt ohne Unterschied zwischen Hauptbeweis, unmittelbaren Gegenbeweis und Einredebeweis. Der Vorschlag von Beweismitteln ist nie nachtheilig in Bezug auf die Vertheilung —, oder verpflichtend als freiwillige Uebernahme der Beweislast; ist die letztere zweifelhaft, so hat jede Partei alle Beweise vorzuschlagen, welche zur Beleuchtung ihres Rechtes oder des Ungrundes eines gegnerischen Anspruches beizutragen vermögen, und den Richtern zu überlassen, ob sie später als Beweis, Gegen- oder Einredebeweis zu würdigen seien. Alle Beweise werden gemeinschaftlich; die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit eines Sachverhaltes stellt sich aus dem versammten Eindrucke fest, welchen die von beiden oder mehreren Theilen beigebrachten Urkunden und zusammengetragenen Beweisgründe, mit Einschluß ihrer Ergänzung von Amtswegen auf dieselbe hervorbringen, ohne Rücksicht darauf, ob und von welcher Seite ein Thatumstand auch bestimmt behauptet wurde.

6) Auf den als gewiß ergründeten Sachverhalt ist das Recht ohne die Vermittlung oder Aufstellung eines Beweisthema anzuwenden. Die Frage der Beweislast und über den Umfang dessen, was zu beweisen gewesen, kömmt für die Richter erst bei dem Endurtheile in Bezug auf jene Punkte zur Würdigung, welche erheblich, aber nicht völlig aufgeklärt sind, um zu bestimmen, welche nachtheilige Rückwirkung diese Ungewißheit auf die Begehren der einen oder der anderen Partei äußere.

7) Die Beweisführung selbst bildet einen ergänzenden Zwischenpunkt für diejenige Instanz, welche sie verordnet hat; eine Berufung gegen ihre Zulassung findet nicht statt. Ihr Ergebniß wird sogleich in der nämlichen Instanz gewürdiget und nie zur unteren zurückverwiesen; die Beweisführung in erster Instanz bleibt immer für die höhere gemeinschaftlich. Ein in erster Instanz versäumter oder zurückgewiesener Beweisantritt kann in der zweiten nachgeholt oder wieder aufgenommen werden; nur muß der Antrag hierauf immer als Vorpunkt vor jedem Eingehen auf die Hauptsache und nicht blos aushilfsweise gestellt werden.

8) Mit der Rechtskraft eines Urtheiles ist jeder Nachtrag von Beweisen ausgeschlossen. Eine Wiederherstellung wegen neu aufgefundener Beweismittel findet, eine Arglist des Gegners in Unterdrückung derselben abgerechnet, nicht statt.

9) Die Würdigung der Beweise, insoweit nicht bestimmte Regeln dafür in den Gesetzen vorgezeichnet sind, bleibt dem gewissen-

haften Ermessen der Richter überlassen. Dieselben sind hiebei ermächtiget, die höchste Wahrscheinlichkeit aushilfsweise für vollen Beweis anzunehmen oder eine geringe Wahrscheinlichkeit gleich dem Fehlen alles Beweises unbeachtet bei Seite zu setzen, vorbehaltlich dessen, was unten im XII. Abschnitte vom Eide oder der seine Stelle vertretenden Angelobung noch in Vorschlag kommen wird.

Was noch zu allerletzt die wichtige Frage der Beweislast betrifft, so könnte dieselbe zu ordnen dem Civilrechte überlassen werden, wohin auch die Aufstellung der Rechtsvermuthungen gehört. Wollte sich eine Prozeßordnung damit befassen, hierauf einzugehen, so könnte sie wohl kaum eine kürzere und bessere Regel aufstellen, als die bayer. GO. K. IX. §. 1 in den Worten gethan: „Der Kläger hat den Grund seiner Klage, der Beklagte den seiner Einrede zu beweisen;" desgleichen §. 3 Nr. 3: „Ist auch kein Theil schuldig, den Beweis dessen, was er schlechterdings verneint hat, auf sich zu nehmen." Als Hauptgrundsatz für eine nähere Entwicklung müßte immer nur an der Spitze stehen, daß jenem Theile die Beweislast zufällt, welcher seinen Anspruch oder seine Befreiung von einem Thatumstande herleitet, der an sich außer dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge liegt, ohne Rücksicht darauf, wer den Umstand zuerst behauptet oder in Anregung gebracht hat, dann ob solches in bejahender oder verneinender Weise geschehen sei.

Siebenter Abschnitt.

Verhandlungsmaxime, freie Forschungsmaxime. Weise Beimischung der letzteren in die Handhabung der ersteren.

. . . .
Atque ipsa utilitas justi prope mater et aequi.
Horat. Satir. lib. I. sat. 3.

Die Verhandlungsmaxime, in ihrer strengsten Bedeutung erfaßt, gilt in den Augen der meisten deutschen Rechtsgelehrten als ein wahres Palladium für das Wesen einer ächten Civiljustiz; in Allem, was sich über den engen Umkreis derselben hinauswagt, pflegt man nur administrative Willkühr oder die Fußstapfen einer widerlichen Inquisition zu erblicken. Die Verhandlungsmaxime zirpt täglich in dem Munde der Anwälte und der Richter, um jedes Streben, einen freien Blick auf Dinge zu werfen, welche außer dem Hefte der Akten liegen, zurückzuweisen und in das alte Geleise eines ausgefahrenen Hohlweges einzudämmen. Die preußische Gerichts-

ordnung machte gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts zuerst einen schüchternen Versuch, die Bande jenes alten Grundsatzes auch in Civilsachen abzustreifen und der richterlichen Forschung ein freieres Feld ihrer vernünftigen Thätigkeit zu eröffnen. Allein der geringe Nutzen, den diese Neuerung aus anderen Gründen gewährte, weil man es nicht verstand, den Prozeßgang zu gleicher Zeit auch von den übrigen Hemmnissen zu entfesseln, trug eher noch dazu bei, die alte Meinung zu bestärken. Die Verhandlungsmaxime ist gleichsam die reich in Gold gestickte Zunftfahne, welche man bei festlichen Aufzügen vor der Civiljustiz einher trägt, um sie von der Strafrechtspflege auf der einen, und von der Administration auf der anderen Seite abzusondern und recht scharf kennbar zu machen. Dieselbe ist überdies nicht dem deutschen Prozesse eigenthümlich, sondern erfreut sich auch im englischen und französischen Civilverfahren, aus denen man doch die Vorbilder für eine wirksame Aufbesserung der deutschen Rechtspflege zu entlehnen sucht, einer gleichen Geltung; ihr Ansehen scheint demzufolge der Mühe einer weiteren Vertheidigung überhoben zu sein. Und dennoch dürfte auch hier wieder ein großer und weit verbreiteter Irrthum wenigstens theilweise mit im Spiele sein. Eine kurze Kritik der Verhandlungsmaxime, so hoch sie auch in Ehren stehen mag und bleiben soll, wird vielleicht dazu beitragen, die Begriffe etwas zu läutern oder doch in jedem Falle einen reichlichen Stoff zum Nachdenken über diesen wichtigen Gegenstand darbieten.

1) Wenn man in der Rechtsgeschichte auf den Ursprung der Verhandlungsmaxime mit seinen Forschungen zurückgehen will, wenn man dieselbe in dem canonischen Rechte noch so wenig ausgebildet findet[1a]), in dem deutschen Prozesse dagegen über alles billige Maaß um sich greifen sieht, wenn man über die Ideen, welche die ganze Maxime eingaben, eine Conjectur zu wagen sich erlaubt, so wird man nur schwer vermeiden können, auf die Unterstellung zu gelangen, der deutsche Richter jener Vorzeit habe einen Reiz seiner eingebildeten Würde in einer gewissen stolzen Passivität gefunden, er habe da, wo das öffentliche Wohl und das Interesse seines Landesherrn nicht mit im Spiele war, von seinen Unterwürfigen erwarten zu können geglaubt, daß sie ihm das Material zu seiner Erkenntniß der ganzen Sache genau vorlegen, er selbst nicht erst eine Mühe

1a) Vgl. Cap. 10 X. de fide instrum. (2, 22): cum judex, *qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari,* possit interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit.

daran setzen dürfe, dasselbe zu sammeln oder sich zu ergänzen. Die ganze Verhandlungsmaxime erinnert beinahe unwillkührlich an das Bild jenes Richters, „der da sitzen soll auf dem Richterstuhl, wie „ein griesgrimmiger Löwe, und schlagen seinen rechten Fuß über „den linken." Vgl. Anmerk. zur bayer. GO. K. II. §. 1 am Ende und K. XIV. §. 8 litt. a.

Dieser Grund bedarf keiner Widerlegung mehr; hätte er wirklich irgendwo noch Wurzel geschlagen, so wird er es heutzutage wohl kaum versuchen, an das Licht des Tages hervorzutreten; denn es ist zu gewiß, daß alle Gerichtsbarkeit nur im Interesse der Gerichtsholden selbst verwaltet wird, aber nicht, um den Richtern eine günstige Gelegenheit zu eröffnen, ihr Ansehen zu entfalten. Niemand hat das Recht mehr, seine eigene Bequemlichkeit in Amtssachen als einen Beweggrund vorzuschützen.

2) Natürlich ist die Verhandlungsmaxime in ihrer exclusiven Tendenz gewiß ebensowenig, als das Beweisinterlokut; sie ist vielmehr nur eine subtile Erfindung der juristischen Schule und ihres Strebens, die Rechtspflege mit Idiotismen zu umstellen, um jedem nicht eingeweihten Fremdlinge den Zutritt in das geheimnißvolle Innere zu verschließen, oder ihn hier irre gehen zu machen. Natürlich ist es wohl, daß der eine Theil die Hilfe des Gerichtes anrufe, der andere darüber gehört werde, und daß beide, gleichwie sie ihre Erzählung über die Umstände des Falles vortragen, ebenso auch ihre Beweise hiefür vorlegen. Dann aber, wenn die Reihe ihrer Würdigung an den Richter kömmt, ist gewiß nichts natürlicher und dem natürlichen Verstande einleuchtender, als daß auch diesem letzteren die Mittel offen stehen, seine Aufklärung über die Sache zu ergänzen, zu diesem Ende Aufträge zu ertheilen, Abgängiges zu erholen und sich selbst darnach umzuthun, von welcher Seite her für seine erleuchtete Einsicht in den wahren Stand der Sache vielleicht ein Zuwachs zu erwarten sei. Die Betrauung mit dieser Pflicht liegt von selbst in der annehmbaren, jedenfalls in der einzig vernünftigen Absicht beider Theile; wer die richterliche Hilfe anruft oder wer sich den Schutz des Richters gegen ein unzulässiges Begehren seines Gegners erbittet, der muß auch von selbst wollen, daß jenem zustehe, der wahren Bewandtniß der Sache mit allen sich darbietenden Hilfsmitteln auf den Grund zu sehen. In einzelnen Fällen finden wir diesen Gedanken auf dem Gebiete der Verhandlungsmaxime selbst durchgeführt. Das eindringlichste von allen Beweismitteln, was am meisten mit einer Untersuchung gemein hat, ist

gewiß der Eid der Parteien, weil er sich erlaubt, in deren Gewissen zu schöpfen und ihnen ihre sorgfältig bewahrten Geheimnisse abzulocken. Nun können sich zwar beide Theile den Eid zu- und wieder zurückschieben; derselbe stellt sonach für eine einfache Frage vier Wechselfälle seines Gebrauches in Aussicht. Wenn aber hievon nichts geschehen, so darf der Richter aushilfsweise in Absicht der nöthigen Ergänzung zu diesem Mittel der Forschung greifen, dem einen oder dem anderen Theile den Erfüllungs- oder Reinigungseid auferlegen, den ersteren nur in der nie fehlenden Voraussetzung, wenn sich dazu erboten ist; die Richter sind hiebei der richtigen Meinung zufolge nicht einmal strenge an das Beweisthema gebunden, sondern es steht ihnen zu, einen solchen Eid auch über jeden anderen Umstand zu verlangen, z. B. über eine Anzeigung, wenn solche über die Feststellung oder die Widerlegung des Beweisthema's den Ausschlag gibt. (Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. IV. Nr. 85, 264; Bd. VIII. Nr. 185; Bd. X. Nr. 101.) Wo kömmt hiebei die Regel hin, nichts von Amtswegen zu erheben? Auch der öffentliche Strafprozeß beruht heutzutage auf der Verhandlungsmaxime, so bald eine Verweisung erfolgt ist; Staatsanwalt und Vertheidiger müssen ihre Zeugen bei Vermeidung des Ausschlusses damit auf die Zeugenliste setzen, denn sie sind die ordentlichen Beweismittel in Strafsachen. Bleibt aber hienach ein Punkt im Dunkeln oder thut er sich erst im Laufe der Verhandlung hervor, so steht dem Präsidenten in Kraft seiner billigmäßigen Amtsgewalt nach Art. 141 des bayer. Strafprozeß-Gesetzes, nachgebildet den Art. 268 u. 269 der franz. Str.-Prozeßordnung immerhin zu, ganz neue Zeugen als Auskunftspersonen zu vernehmen, sogar auf der Stelle erst vorrufen oder vorführen zu lassen, dem Staatsanwalte die Beischaffung von Urkunden und Schriften aufzutragen, ja selbst einen Augenschein einzunehmen, Alles zur Vervollständigung der Verhandlung, zur Erzielung eines sicheren Ergebnisses. Wie läßt sich dieses mit der Verhandlungsmaxime vereinbaren, und wenn es hier angeht, warum nicht ebenso in jeder analogen Lage eines Streites über ein Privatrecht?

3) Man erwiedert hierauf: In Civilsachen ist es mit der pflichtmäßigen Unparteilichkeit des Richters nicht wohl vereinbar, selbst noch Beweise zu erforschen und deren Erhebung von Amtswegen zu pflegen; der Richter, der dieses thun würde, tritt auf die Seite derjenigen Partei hinüber, der es zum Vortheile gereicht; die Sache der streitenden Theile ist es vielmehr, die Mittel zur Ergründung

vorzuschlagen, die Aufgabe des Richters nur, sie zu erheben und dann zu prüfen; soll diese Prüfung eine ganz ächte und unverdächtige sein, so darf der letztere nicht selbst dazu mitgewirkt haben, jene ersteren auf die Bahn zu bringen.

Wenn die Unparteilichkeit der Richter zu allen Zeiten und überall so fleckenlos bliebe, keiner anderen Befürchtung als dieser ausgesetzt zu sein, so würde die Rechtspflege eines Landes von dieser Seite her gewiß ihren Höhepunkt der Vollkommenheit erreicht haben. Der Art. 268 der franz. Str.-Pr.-O. gibt es dem Schwurgerichtspräsidenten auf seine Ehre und sein Gewissen, all' seine Kräfte aufzubieten, um die Offenbarung der Wahrheit zu erzielen; ist nicht jeder Richter, ist nicht jeder Vorstand eines Gerichtes durch sein Gewissen, seinen Diensteid und die übereinstimmenden Absichten der Theile, die sein Amt anrufen, von Gott und Rechtswegen mit einer gleichen Pflicht betraut? Wo findet sich denn die Verwandtschaft der Einseitigkeit im Vorgehen mit dem Streben, nur klar in der Sache zu sehen? Was berechtiget, von dem einen auf die andere einen Schluß zu ziehen? Wenn ein Richter an den vorgeschlagenen Zeugen Fragen stellen darf, wie er will, worüber alle Gesetze einig sind, warum sollte er nicht auch einen, der ihm nicht vorgeschlagen ist, kommen lassen dürfen, sobald sich eine Anregung dazu im Laufe der Verhandlung ergibt? Wenn derselbe Urkunden, die sich in der Amtsregistratur befinden, hervorsucht und aus einem darin befindlichen Vergleiche vielleicht erst in III. Instanz mit einem Schlage die Entscheidung des ganzen Rechtsstreites schöpft, wo ist die große Gefahr, einen Brief sehen zu wollen, den der eine Theil an den anderen schrieb und dieser in seinem Pulte oder seiner Brieftasche zurückbehielt? Und wenn denn doch die Gefahr für die Integrität des richterlichen Wirkens so groß sein sollte, so muß es ja nicht gerade der zur Entscheidung berufene Richter sein, welcher die Erhebungen vornimmt, er kann diese Fürsorge einer anderen Person überlassen, wie schon die preuß. GO. den Instruenten, Decernenten und Referenten von einander abgesondert sehen wollte. Der Kaiser Diocletian gab bereits sehr weise den Richtern und Gerichtsvorständen die Erlaubniß, in weitläufigen Sachen, mit denen sie sich selbst nicht befassen könnten, die genaue Untersuchung des Sachverhaltes einem Judex pedaneus zu übertragen. Placet nobis, heißt es in C. 2 de ped. jud. (3, 3), praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehoc pedaneos judices dabant, notionis suae examen

adhibere; ita tamen, ut, si...., *judices dandi habeant potestatem.* Desgleichen C. 4 eod.... placuit, alium in locum eorum judicem tribui, *qui negotium examinet.* In der franz. Gerichtsverfassung nimmt bekanntlich eine eigene Staatsbehörde, ministère publique genannt, eine wichtige Stelle ein; sie bildet die rechte Hand der Gerichte und ist im Gegensatze zum ministère privé der übrigen gerichtlichen Hilfsbeamten, officiers ministeriels, namentlich der Anwälte und Gerichtsboten berufen, alle Vorbereitungen zur abgeschlossenen Verwaltung des reinen Richteramtes zu treffen. Warum ließe sich in unserem Civilprozesse nicht gleich gut ein judex pedaneus, ein Staatsanwalt, ein Unterrichter oder Sekretär gleichsam in der Rolle eines amtlichen Examinators aufstellen, um nach der Verhandlung jeder Sache die Zeugen zu verhören, die Originalurkunden zu sammeln, den Augenschein einzunehmen, die Theile in Person, so weit nöthig, einzuvernehmen, Alles im Namen und unter der Leitung des Gerichtes selbst, dem er sodann seine Erhebungen vorlegen und solche auf weiteren Auftrag noch vervollständigen müßte? Die Idee dieses Examinators ist schon über tausend Jahre alt, denn sie stammt von Ludwig dem Frommen, dem Sohne Karls des Großen her, welcher in seinen Capitularien Tit. II. K. 3 verordnete: Ut in omni comitatu hi, qui meliores et veraciores inveniri possunt, eligantur a Missis nostris, ad inquisitiones faciendas et rei veritatem discendam; et adjutores comitum sint ad justitias faciendas. (Boncenne, T. II. Nr. 226.)[1b]) Wenn in einer Verlassenschaftssache die Erben erklären, die Erbschaft cum benef. leg. et invent. antreten zu wollen, so erfolgt immer die bekannte Verfügung: fiat inventura. Ein hiezu ernannter Gerichtsschreiber sammelt nun alle Aktivpapiere des Nachlasses, läßt die Erbschaftsgläubiger zur Liquidation ihrer Forderungen vorladen, verzeichnet die dazu gehörigen Liegenschaften und die fahrende Habe, läßt sie abschätzen und legt sodann das hieraus hergestellte Inventar dem Gerichte zur Verfügung vor. Wenn nun ein Gericht auf einen streitigen und noch ungewissen Sachverhalt als ein Hinderniß seiner Entscheidung stößt, warum sollte es nicht in ähn-

---

1b) Im englischen Prozesse findet sich eine ähnliche Erscheinung. Der versammelte Gerichtshof hat in Fällen, welche in den Geschäftskreis des unter dem Namen Master (Instruktionsrichter) bekannten Unterbeamten einschlagen, diesen immer bei der Hand und kann ihn zu Rathe ziehen, was sehr häufig vorkömmt, da der äußere Gang der Prozesse hauptsächlich durch den Master geleitet wird. Rüttimann a. a. O. §. 147.

licher Weise einen Richter mit dem Auftrage abordnen dürfen: fiat investigatio in facti veritatem et viscera causae? Der Oberrichter, von welchem zuletzt die wahre und in Kraft verbleibende Entscheidung der Sache gegeben wird, ist ohnedies schon von selbst über diese Erfüllungen des äußeren Dienstes hinauf gestellt, findet alle Beweise in den Akten gesammelt vor und wird nur selten in die Lage kommen, eine Ergänzung derselben zu verordnen. Wo ist von allem Dem nur der geringste widrige Einfluß auf die Unbefangenheit der Richter, auf eine sich von jedem Vorurtheile frei haltende Erfassung der streitigen Vorgänge zu befürchten?

4) Die Verhandlungsmaxime, sagt man noch ferner, beruht auf der so natürlichen Annahme eines stillschweigenden Verzichtes der Theile, den ihnen aus den Händen zu winden kein Rechtsgrund vor Augen liegt; wer ein Beweismittel nicht vorschlägt, der läßt es fallen, will sich seiner nicht bedienen, der Richter, der solches dessen unerachtet wieder aufnimmt, greift also störsam in ein wohlerworbenes Recht des Gegners ein.

Diese Bemerkung ist nicht aus dem Leben gegriffen und somit auch nicht richtig; keine Partei will ein Beweismittel fallen lassen, jede bietet vielmehr allen möglichen Fleiß, eine Fülle von Editions- und Restitutionsgesuchen auf, um Alles, was ihr nur immer und wo es ihr zugänglich wird, auf die Position ihres Widersachers zu schleudern; sollte sie je einmal, von einem ehrenhaften Zartgefühle durchdrungen, die Absicht hegen, einen Beweis oder ein Beweismittel aufzugeben, so darf sie es nur sagen, Niemand wird ihr seinen Gebrauch wider Willen aufnöthigen. Gerade die in dem billigen Ermessen des Richters von zwei entgegengesetzten Seiten her zusammentreffende Vermuthung, daß jede Partei Alles aufgeboten wissen wolle, um ihr zu ihrem Rechte zu verhelfen oder ihr gegen ungerechte Ansprüche Schutz zu gewähren, muß dazu beitragen, die veranlaßte Erhebung umsichtig und neutral, nach allen Richtungen hin greifend und unbefangen zu machen. Wenn übrigens gewisse Behelfe des Beweisverfahrens so regelmäßig vorgeschoben werden, daß man zum Voraus sicher ist, dieselben in jedem Beweisantritte wieder zu finden, wie namentlich das Erbieten zum Erfüllungseide und die eventuelle Delation des Haupteides, oder auch das Hypothekenbuch und Steuerkataster, wo es sich um Grundlasten handelt, so ist es gewiß dringend angezeigt und ganz natürlich, lieber gleich eine Rechtsvermuthung, welche hierin einen festen Boden findet, dafür aufzustellen, eine jede Partei habe sich jener Nachhilfe be-

dienen wollen, weshalb man sie von Amtswegen auch ohne besondere Anführung in jedem einzelnen Falle als vorgeschoben betrachten könnte. Ein Beispiel wird am besten dazu dienen, das Wesen einer solchen Rechtsvermuthung klar zu machen. Niemand ist die Macht verliehen, einen Zeugen vor dessen gerichtlicher Einvernahme zum Reden zu bringen, Jedermann darf sich eine solche Ausfragung verbitten. Gleichwohl kann aber ein Zeuge in seinem gerichtlichen Verhöre einen sehr wichtigen Aufschluß geben, aber nur vom Hörensagen mit Benennung der Person, von welcher er den Umstand vernommen hat. Was thut alsdann der Anwalt des Zeugenführers, was muß er nach seinen Pflichten nothwendig thun? Er bittet um Wiederherstellung und schlägt jenen Zeugen als neu aufgefunden vor, darüber wird verhandelt und er selbst zuletzt zum Noveneide belassen, daß er von dem Zeugen vorher keine Kenntniß gehabt; die Appellation hingegen wird als unzulässig verworfen, und nun schwört er den Eid, worauf der Zeuge nachträglich vernommen wird und vielleicht aussagt, er wisse von nichts, während hierüber ein oder zwei Jahre verlaufen sind. Wenn nun dieser Gang der Sache ganz natürlich und regelmäßig ist, wenn er das id quod plerumque fit genau wieder gibt, warum nicht gleich im Gesetze eine Rechtsvermuthung dafür aufstellen, ein Zeuge, auf den sich ein anderer in seiner gerichtlichen Vernehmung als Quelle bezog, sei als neu aufgefunden von selbst nachgeschoben, müsse daher auch ohne besonderen Antrag sogleich zur Ergänzung als Auskunftsperson binnen der nächsten 14 Tage vernommen werden? Wäre damit nicht eine Masse vergeblicher Verhandlungen und ein schmerzlicher Zeitverlust vermieden, während die Sache zuletzt denn doch immer diesen Verlauf nimmt? Liegen nicht die triftigsten Gründe dafür vor Augen, ein solches Restitutionsgesuch sei jedesmal in dem selbstverständlichen Interesse der Partei, und seine Gewährung in der aktenmäßigen Lage der Sache schon begriffen?

5) Noch eine andere Seite wird dem Festhalten an dem fingirten Verzichte auf die nicht vorgeschlagenen Beweise abgewonnen. Man sagt nämlich: Jedes gerichtliche Verfahren muß gewisse Förmlichkeiten in sich aufnehmen, Auflagen bei Vermeidung des Ausschlusses ertheilen, Fallfristen vorstecken, Wiederherstellungen an Bedingnisse knüpfen, den Ungehorsam mit Nachtheilen bedrohen. Wird nun der Richter ermächtiget, Beweise von Amtswegen zu erholen, Notizen und Behelfe, die ihm nützlich scheinen, zu seiner Aufklärung nach Gutbefinden aufzulesen, wo er sie eben findet, so kömmt

dadurch die Gegenpartei um ihr wohlerworbenes Recht, aus den Versäumnissen ihres Widersachers jene Vortheile zu ziehen, welche die Gesetze mit so gutem Grunde der größeren Wachsamkeit und genauen Kenntniß des Prozesses in Aussicht stellten; die glückliche Lage, sich dessen Uebersehen und Unachtsamkeit zu Nutzen zu machen, geht für sie mit einem Male verloren.

Dieses Argument hat wohl einen guten Klang für ein Spiel Tarok oder eine Partie Billard, wo die Fehler und Verläufe des Gegners immer dem Mitspielenden als selbst gelungene Streiche aufwärts zählen, aber es ist nicht würdig des ernsten und ehrenhaften Rechtskampfes, worin das vereinigte Streben nach Aufklärung und Wahrheit bestimmt ist, dem Rechte zur Grundlage zu dienen und zum Siege zu verhelfen. Die vielen und strenge ausschließenden Fristen, die vor Allem unser Beweisverfahren durchfurchen, sind nicht dazu bestimmt, um den Parteien wechselseitig Fallen zu stellen oder dem besten Rechte wegen eines kleinen Versehens die Schlinge um den Hals zuziehen zu können, sondern nur deshalb eingeführt, um die Beweisführung in einem raschen und unausgesetzt dem Ziele zueilenden Gange zu erhalten. Daß sie diesen Zweck nicht mehr erfüllen, sondern geradezu verfehlen, ist eine längst bekannte Sache; die vielen Fristverlängerungen und Terminsabbitten, Editions- und Restitutionsgesuche und andere Zwischenfälle des Verfahrens in Menge haben dasselbe fast in allen Fällen zu einer unverantwortlichen Breite und in eine unabsehbare Länge hinausgezogen. Um das deutsche Beweisverfahren wieder in billige Gränzen einzudämmen, wird sicher die Eröffnung der Schranke für die Richter, zur Erhebung der Beweise von Amtswegen mitzuwirken, mehr leisten, als alles Uebrige; denn eine Urkunde, welche der Richter zur Einsicht abverlangt, braucht nicht erst mit Hilfe eines Editionsgesuches von dem Gegentheile heraus manövrirt zu werden, und zur Vernehmung von Zeugen, welche das Gericht von Amtswegen vorladen darf, ist sodann kein Gesuch um Wiederherstellung mehr nöthig. Gleichwie ein späteres Gesetz den ersten Ediktstag des bayer. Concursprozesses in eine nützliche Frist von dreißig Tagen umschuf, an deren letztem jede Handlung gleich gut vorgenommen werden kann, wie am ersten, ebenso steht auch nichts im Wege, den Beweistermin während der ganzen Verhandlung einer Sache von Anstellung der Klage bis zum erstrichterlichen Urtheile offen zu halten und in dieser Zwischenzeit allen Beweisen, die nur immer in Anregung kommen, das rechtliche Gehör

zu gewähren; thatsächlich besteht dieser Zustand ohnedies schon dermalen vermöge der großen Leichtigkeit, sich mit Hilfe eines Noveneides die Restitution zu erwirken. Sind aber die Fallfristen und andere Förmlichkeiten des Prozesses nicht zu dem Ende vorgeschrieben, um dem Gegner im Streite durch ihr Versäumniß oder ein sonstiges Versehen einen leichten Sieg mit formellen Waffen in die Hände zu spielen, so kann sich auch Niemand über ein Niederfallen dieser vermoderten Garne beklagen, welche das Recht nur verwickelnd umstellen, ohne daß die Gesetze derselben zu seiner Ausspendung mehr bedürften. Die Rechtspflege eines Landes darf sich nicht dazu hergeben, die lange eingeübte und mit Glück betriebene Kunst gewandter Schachspieler in Ehren zu erhalten und ihr eine fernere Geltung zu sichern. Ein ernstgemeinter und unübersteiglicher Ausschluß mit weiteren und versäumten Beweisen wird wohl zu allen Zeiten bestehen müssen; allein diesen bedeutet am besten das rechtskräftige Endurtheil in der Hauptsache.

6) Man hat noch weiter gesagt: Es ist der Rechtspflege und ihrer erhabenen Stellung in den Staatseinrichtungen unwürdig, daß sich der Civilrichter unberufen in die Geheimnisse der Familien einmische, in das verschlossene Bewußtsein der Parteien vordringe; sein Beruf wird weit reiner und edler erhalten, wenn er diese Fürsorge den Betheiligten selbst und dem Antriebe ihrer Interessen überläßt. Man hat diesen Gedanken auch schon so ausgedrückt: Ein Civilrichter darf kein Inquisitor sein, sondern muß sich von dem Amte und Dienste eines solchen stets in ehrfurchtgebietender Entfernung halten.

Auch hiebei liegt indessen ein Mißverständniß zu Grunde, der Namen täuscht zuweilen über das innere Wesen der Sache; jede Inquisition liegt weit außer den Gränzen der sich hier gegenüberstehenden Gegensätze. Kein Vergleich könnte unglücklicher, keine Vorstellung mehr verfehlt sein, als der Glaube, die Verhandlungs- und die Untersuchungsmaxime im Civilprozesse verhielten sich zu einander wie Freiheit und Knechtschaft, wie liberal und servil, wie Fortschritt und Reaktion, oder wie ein freies Gemeinwesen zu dem alten Polizeistaate, wie man vor einigen Jahren so gerne zu sagen pflegte. Ueberhaupt ist der Name „Untersuchungsmaxime" nicht glücklich gewählt und sehr leicht Mißdeutungen ausgesetzt; man würde weit besser sagen: freie Forschungsmaxime. Das Wort Untersuchung erinnert immerhin zu viel an die Strafrechtspflege, welche an manchen Orten nicht gut im Credite steht, mit deren Gange

jedoch keine Verwandtschaft und zu deren Hilfsmitteln hier keine Annäherung in Frage kömmt. Auch der neue bayerische, und man kann wohl sagen deutsche Strafprozeß huldiget einem aus Untersuchung und Verhandlung zusammengesetzten Systeme, und dennoch wird derselbe gewiß mit Recht als ein großer Fortschritt zu einem wohlgeordneten und tüchtigen Rechtszustande angepriesen; so gut dort die Verhandlungsmaxime mit einfloß, mit gleichem Rechte und gleich günstigem Erfolge wird dem Civilprozesse eine angemessene Zugabe von selbstständiger Forschung der Gerichte beizumischen sein; der Name Untersuchungsmaxime muß dabei ganz aus dem Spiele bleiben. Wenn den Gerichten erlaubt würde, Zeugen auch von Amtswegen zu vernehmen, wie sie schon jetzt Sachverständige, welche doch mit den Zeugen die nächste Verwandtschaft haben, von Amtswegen berufen, denkt Jemand daran, das heiße ebensoviel, der Richter dürfe Gerichtsdiener und Gendarmen auf Spähe ausschicken, um zu rapportiren, wer denn eigentlich bei dem mündlichen Abschlusse eines Vertrages im Wirthshause zugegen gewesen oder wer sonst über den streitigen Vertrag, den Vorfall einer Beschädigung gründliche Aufschlüsse geben könne? Wenn der Richter Urkunden von Amtswegen beischaffen darf, will das ebensoviel sagen als, sobald ein Editionsgesuch einläuft, sei der Anfang damit zu machen, eine Haussuchung bei dem Gegner nach den gewünschten Urkunden vorzunehmen, all' seine Papiere zu versiegeln und zu durchstöbern? Wenn der Richter die Partei selbst über das streitige Faktum befragen darf, was die römische Interrogatio in jure facienda ganz regelmäßig dem Gegner erlaubt hatte, wird je ein Gericht sich darum beifallen lassen, den ungehorsamen Beklagten bei schmaler Atzung so lange einzusperren, bis er sich zu einer offenen Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen herbeigelassen? Die bayer. GO. K. X. §. 15 Nr. 7, indem sie den Justizdikasterien das Recht beilegt, nach Gestalt und Erforderniß der Sache zur Erforschung der gründlichen Wahrheit den Parteien selbst vor wie nach dem Beschlusse der Sache Fragstücke von Amtswegen vorzulegen, fand nöthig, ausdrücklich zu empfehlen, es solle dieses allzeit mit Bescheidenheit geschehen; jeder Richter wird von selbst einsehen, daß eine solche Bescheidenheit überall am rechten Orte sei, wo er mit eigener Hand in die Erhebung der Beweise eingreift. Die Befürchtung eines Mißbrauches, der hierin zu weit ginge, wäre von keiner Seite gerechtfertiget und wird auch bisher durch keinen nur der Erwähnung werthen Vorgang unterbaut.

Das Gesetz selbst würde es leicht auf sich nehmen, einer solchen Forschung die angemessenen Gränzen zu stecken.

7) Die Verhandlungsmaxime ist von unseren dermalen in Kraft bestehenden Prozeßgesetzen bereits auf so vielen Punkten verlassen und durch Anleitungen der Gerichte zur amtlichen Thätigkeit mit Ausnahmen durchbrochen, daß sich mit gutem Grunde sagen läßt, eine Mischung beider Grundsätze sei schon dermalen prinzipiell vom positiven Rechte in Bayern wenigstens zur Herrschaft erhoben. Die einzelnen Punkte der bayer. GO., welche auf dieses Ziel hinauslaufen, sind leider den wenigsten Richtern in unseren Tagen noch gegenwärtig und selbst für diese bei dem besten Willen von der vorherrschenden Meinung, nach welcher die Verhandlungsmaxime Alles überbieten soll, unzugänglich gemacht.

a) Nach GO. K. IV. §. 7 Nr. 6 hat der Richter Alles, was der Klage ihrer Eigenschaft nach anhängig ist, allzeit von Amtswegen zu ersetzen, und nach K. VI. §. 9 darf er sogar Einreden, die sich mit allen Erfordernissen liquid aus den Akten ergeben, ergänzend berücksichtigen. Die Anmerk. zu K. II. §. 2 litt. a bemerken hierüber, man pflege nicht weniger in allen anderen Parteisachen das, was juris und von den Parteien oder ihren Advokaten außer Acht gelassen worden sei, sowohl quoad formam processus, als merita causae zu ersetzen. Ein tieferer Eingriff in die Rechtssphäre des Gegners, als die Ergänzung einer vergessenen Einrede und der Vorschub eines anderen Klagegrundes, weil es auf den Namen der Klage nicht ankommen soll, läßt sich wohl kaum denken. Nach GO. K. XV. §. 9 Nr. 1 wird die Streitsache durch die Appellation nach Maaß der eingewendeten Spezialgravamina sammt Allem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt, was nichts Anderes als eine Anwendung desselben Grundsatzes auf die zweite Instanz ist.

b) Die GO. K. VII. §. 6 erlaubt, die Anwälte auszuschließen, wo der Richter die persönliche Erscheinung der Theile aus erheblichen Ursachen für nöthig findet; bleibt der so Vorgeladene beständig ungehorsam aus, so kann nach K. V. §. 2 Nr. 3 sogar ein Vorführungsbefehl gegen ihn erlassen werden.

c) Das heilsamste Vorrecht der Gerichte, dessen Vermissen ihnen wohl am schwersten fällt, besteht unstreitig in der Erlaubniß, zu jeder Zeit von den Theilen selbst Aufklärungen über den wahren Stand der Sache und den Verlauf streitiger Thatumstände verlangen zu können. Im römischen Rechte hatte bereits Kaiser

Constantin diese Pflicht in C. 9 de jud. (3, 1) sehr treffend mit mit den Worten aufgestellt: Judices oportet inprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, numquid addere desideret, *cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat.* Die bayer. GO. K. X. §. 15 Nr. 7 erlaubt, wie kurz vorher erwähnt, in voller Uebereinstimmung hiemit, gleichwie im Anschlusse an den §. 41 des J. R. A. den Justizdikasterien, den Parteien selbst nach Gestalt und Erforderniß der Sache zur Erforschung der gründlichen Wahrheit vor und nach dem Beschlusse der Sache Fragstücke von Amtswegen zu stellen, nur soll dieses allzeit mit Bescheidenheit geschehen. Kann das Ausbleiben der persönlich vorgeladenen Partei die Richter wohl dieser Pflicht überheben? Die Novelle zur GO. v. 1819 im §. 3 hat verordnet und die Nov. v. 1837 §. 9 und §. 17 Nr. 3 litt. b. hat wiederholt, in wie außer dem mündlichen Verhör sei der Richter verpflichtet, von der Partei durch deren Erzählung und durch die Beantwortung der für nothwendig erachteten Fragen sich eine klare Uebersicht von demjenigen zu verschaffen, was dieselbe zur Verfolgung oder Vertheidigung ihrer Rechte vorzutragen hat, und ebenso von dem Beklagten bestimmte Erklärung darüber zu verlangen, ob er die der Klage zu Grund liegenden Thatsachen einräume oder nicht, folgeweise auch, ob die vorgelegten Urkunden ächt und richtig seien; nur ist außer dem mündlichen Verhöre jene Auflage blos auf Parteien beschränkt, welche ohne Anwalt erscheinen [1c]). Kann das Fragerecht der Richter wohl irgendwo bestimmter aufgestellt sein und würde eine Partei persönlich es wagen, einen Kaufbrief oder Schuldschein, den sie ausgestellt, abzuläugnen oder ihm die augenblickliche Anerkennung zu versagen? Und wenn der Richter jenes Examen vornehmen darf und muß, stehen nicht, wenn es vernachlässiget ist, dem Obergerichte dieselben Instruktionsbefugnisse zu, um es nachholen oder ergänzen zu lassen?

d) Soviel den Urkundenbeweis betrifft, so sollen nach GO. K. XI. §. 5 Nr. 1 in Uebereinstimmung mit K. IV. §. 12 Dokumente, worauf sich in der Klage, Antwort, Re- und Duplik bezogen wird, allzeit gleich abschriftlich mit beigelegt, nach Nr. 4 der ersteren

[1c]) Im österreich. Prozesse besteht dieselbe Regel für mündliche Verhandlungen. Beidtel's ord. Verf. §. 56. Blos in Ungarn und Siebenbürgen sind die Gerichte angewiesen, wenn sie nach geschlossener mündlicher Verhandlung wahrnehmen, daß dieselbe in irgend einer Beziehung unvollständig geblieben, die bemerkten Mängel vor der Entscheidung durch wiederholte Vorladung und Vernehmung der Parteien zu verbessern. §. 129 in der Note ebendaselbst.

Stelle aber die Originalien in dem summarischen Beweise an dem durch die Obrigkeit bestimmten Tage im Beisein des Gegentheiles producirt werden. Nach §. 7 Nr. 1 muß sich auch eben dieser Gegner in der ersten Antwort nach beschehener Produktion oder Communication deutlich und zuverlässig erklären, ob er die Documenta recognosciren, diffitiren oder ein so anderes bis zur Produktion und Einsicht der Originalien wolle ausgestellt sein lassen. Nr. 2.... „und da endlich die vorläufige Produktion des Originals selbst anverlangt wird, so hat der Richter eine Tagfahrt ad producendum originalia zu bestimmen, wobei die Recognition oder Diffession unvermeidlich geschehen, oder das Dokument pro recognito gehalten werden soll.“

Nach dem Zusammenhange dieser Stellen ist es nicht mehr zweifelhaft, daß ein instruirendes Gericht schon im ersten Verfahren und ohne vorhergegangene Anticipation des Beweises ermächtiget und auch verpflichtet sei, die Originalproduktion abschriftlich übergebener, aber vom Gegner nicht anerkannter Urkunden zur Vermeidung einer Beweisauflage von Amtswegen zu verordnen und hiezu nach der weiter oben angeführten Stelle K. VII. §. 6 den renitirenden Gegner unter Androhung der Folgen des Ungehorsames, d. i. der stillschweigenden Anerkenntniß der Urkunden in eigener Person vorzuladen. Nach §. 5 Nr. 6 desselben Kapitels kann man sich der vollständigen Produktion eines Original-Dokumentes gegen den Richter niemals weigern, wenn er die Einsicht vom ganzen Dokument zu nehmen verlangt, und nach Nr. 8 darf sich keine Partei dessen weigern, wenn der Richter *ex officio* oder ad instantiam nochmalige und weitere Einsicht von dem Originaldokumente zu nehmen für nöthig findet.

e) Zum Zeugenbeweise ist zu bemerken, daß, wenn sich in die nun aufgehobenen Responsionen ein Mangel eingeschlichen hatte, nach K. IX. §. 7 Nr. 5 die Ersetzung jedesmal von Amtswegen zu verfügen war, was man sehr füglich auf jede Antwort auf ein Vorbringen des Gegners übertragen könnte, zumal jedes Geständniß den animus confitendi voraussetzt. Ferner ist nach K. X. §. 3 Nr. 10 die Abhör anderer, nicht vorgeschlagener Zeugen von Amtswegen nur in reinen Partei- und bürgerlichen Sachen untersagt, wo nicht das öffentliche Interesse mit einschlägt. Bei dem Zeugenverhöre selbst steht nach §. 15 Nr. 7 ebendaselbst dem Richter frei, dem Zeugen sowohl Interrogatoria generalia als specialia zur Erforschung der gründlichen Wahrheit von Amtswegen zu stellen. Der §. 16 Nr. 5 gibt die Anleitung,

was in des Zeugen Antwort auf die Artikel oder Fragstücke dunkel, zweifelhaft, zweideutig oder gar contradiktorisch scheint, das solle der Richter gleich von ihm erläutern —, und da der Artikel oder das Interrogatorium mehr Umstände in sich enthält, jeden besonders und distinkt beantworten lassen, auch was die Parteien etwa in den Interrogatorien außer Acht gelassen haben, „von Amtswegen nöthigen Dingen" suppliren. Wie läßt sich mit diesen Vorschriften die nachlässige und oberflächliche Art vereinbaren, in welcher die meisten Zeugenverhöre in Civilsachen abgehalten werden, wo man genug gethan zu haben glaubt, wenn man den Zeugen sagen läßt: Ja, der Artikel ist wahr, oder nein, er ist nicht wahr?

f) Nach GO. K. XII. §. 3 soll in dem Falle, wenn es auf die gutachtliche Meinung kunstverständiger Leute ankömmt, der Richter selbst dergleichen unparteiische Personen mit beiziehen, was gewiß auch ganz natürlich ist, da die Sachverständigen für eine Frage jener Art an die Stelle des Richters treten, diesem daher auch ihre Wahl freistehen muß. Nach Nr. 5 ebendas. müssen beide Theile die Kosten des Augenscheines vorschießen, wenn der Richter von Amtswegen hierin verfährt; hieraus folgt in Verbindung mit dem Eingange jenes Paragraphen, daß nicht nur in erster, sondern auch in der höheren Instanz der Richter Augenscheine von Amtswegen verordnen, die nämlichen und andere Sachverständige nach eigener Auswahl vernehmen lassen dürfe.

g) Was bei Gericht schon vorhin legal bekannt und notorisch ist, das darf nach K. XII. §. 5 von den Parteien nicht mehr weiter erwiesen, sondern nur allegirt werden. Für legal bekannt muß nun gewiß all' dasjenige gelten, was in den Akten und Protokollen, in den Registern, Hypotheken- und Grundbüchern desselben oder eines anderen Gerichtes, welches nur durch die zufällige Eintheilung der Gerichtsverfassung davon abgesondert ist, sich bereits enthalten findet. Es muß daher jedem Gerichte freistehen, wenn auf andere Akten, Urkunden, Bücher, Register oder Kataster Bezug genommen wird, diese einzusehen, ganz oder auszugsweise mit seinen Akten zu vereinigen oder auch von dem fremden Gerichte, bei dem sie vorliegen, zu erholen. Statt dessen werden häufig die schon beiliegenden Administrativ- oder Criminalakten vor der förmlichen Produktion als eine terra incognita an- und gar nicht eingesehen. (Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XII. Nr. 312.)

h) Daß der Richter den Reinigungseid wenigstens nach eigener Wahl und ohne äußeren Impuls auferlegen dürfe, ist eine bekannte

Sache, und zwar selbst dann, wenn der eventuelle Haupteid nicht deferirt, oder zurückgeschoben oder von dem Beklagten verweigert oder für verweigert anzunehmen ist. Nach gemeinem Prozesse gilt dasselbe auch vom Erfüllungseide; beide Eide können als Nothbehelfe, die richterliche Ueberzeugung besser zu befestigen, nicht blos über das Beweisthema selbst, sondern auch über jeden anderen einflußreichen Umstand nach Gutbefinden aufgetragen werden, wie oft erkannt wurde. (Siehe oben S. 357.)

i) Nach GO. K. XIV. §. 2 Nr. 3 darf der Richter nach, also auch wohl vor dem Beschlusse der Sache eine weitere Handlung noch verordnen, wenn er zu seinem Unterrichte mehr Auskunft vonnöthen hat; nach K. XIV. §. 7 Nr. 9 steht dasselbe Recht auch dem Oberrichter zu, welcher die Sache in Facto noch nicht genugsam erörtert findet. In Verbindung mit K. VII. §. 6 und K. X. §. 15 Nr. 7 ist nicht zu bezweifeln, daß diese Ergänzung vor Allem darin bestehen könnte, die persönliche Erscheinung der Parteien und ihre Abhör über vorgelegte Fragstücke zu verordnen.

8) Was ist nun aus all' diesen löblichen Vorschriften, welche die Richter auf eine selbstständige Thätigkeit hinweisen, geworden, in welcher Gestalt finden wir sie wieder, wo sind die Früchte, die sie tragen sollten, wo die Blüte, um nur die Hoffnung einer solchen Frucht wach zu erhalten? Ein in Gemächlichkeit versunkener Gerichtsgebrauch hat sie längst über Bord geschwemmt und beinahe völlig der Vergessenheit überliefert; sie gelten nicht mehr für „juristisch," sind von der Jurisprudenz aus sich ausgeschieden und für immer zum Schweigen gebracht. Das natürlichste und heilsamste Auskunftsmittel von allen ist gewiß das Recht der Richter, an die vorgeladenen Parteien zu ihrer näheren Aufklärung die angemessenen Fragen zu stellen; alte und neue Gesetze sind darüber einig, dasselbe den ersteren beizulegen und selbst zur Pflicht zu machen. Was ist daraus geworden? Die Verhandlungsmaxime hat es im Schlafe erdrückt, und es ist gar nicht daran zu denken, daß man sich mit allem Eifer, dasselbe wieder zu beleben, nur Gehör verschaffen könnte. Nichts ist hinderlicher für den Dienst und nichts empörender für den pflichtmäßigen Eifer der Richter, als daß dieselben zwischen sich und den Parteien eine unübersteigliche Scheidewand aufgeführt finden, die sie in ihren Sitzungssälen zurückhält, an der ersten und reinsten Quelle ihre Ueberzeugung zu schöpfen, die es ihnen unmöglich macht, durch eine offene Rücksprache mit den Personen, welche vertrauensvoll ihr Recht von ihnen erwarten, ihr Gewissen

zu erleuchten. Und dennoch ist dieses kostbare Hilfsmittel, welches die Gesetze ausdrücklich in's Leben riefen, in der Dazwischenkunft der Fürsprecher und den Privilegien ihrer Praxis untergegangen. Das officiöse Organ des Anwaltes mit seinen auf Schrauben gestellten Phrasen, mit seinen abgedrechselten und auf der Goldwage zugemessenen Antworten ist heutzutage der enge Schlauch, aus dem die formale Wahrheit allein ihren schwachen und oft stockenden Zufluß erhält. Vermissen die Richter, was beinahe immer der Fall ist, in diesem kläglichen Ergusse noch etwas von dem Vollmaaße des Lichtes, dessen sie bedürfen, so sollen formulirte Artikel, vorgeschlagene Zeugen und producirte Urkunden, zuletzt hin- und zurückgeworfene Eide dasselbe auf ihrem Rücken daher bringen, um nur ja die Sache nicht aus der lucrativen Bahn einer schulgerechten Geschäftigkeit heraustreten zu lassen. Die natürliche Offenheit der Theile, welche sich auf einen planmäßigen Rückhalt nur selten verstehen würden, wäre ein fremdartiges und feindseliges Element für das kunstfertige Gewebe einer nach Regeln betriebenen und bis in die entlegensten Winkel ausgebeuteten Prozeßführung. Das Zeugenverhör ist auf denselben Abweg von seinem natürlichen Gange gerathen; weil nun beide Anwälte meistens zugegen sind und an den Zeugen Fragen stellen, hält sich der Richter der Mühe für überhoben, denselben auch von seiner Seite durch geeignete Vorhalte zu einer näheren Aufklärung der Sache zu veranlassen. Die Sachverständigen läßt man von den Parteien wechselweise ernennen, als wenn gleichsam ihre Auswahl durch den Richter eine Einmischung von Amtswegen und die Bezeichnung von Personen, welche doch einen Theil des Urtheiles schöpfen sollen, ein Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime wäre. Die übrigen Freiheiten der richterlichen Prozeßleitung und Judicatur haben so ziemlich dasselbe Schicksal erfahren; ein unverständiger Gerichtsgebrauch hat sie mit seinen Riesenarmen erstickt und unter dem eingebildeten Veto der Verhandlungsmaxime begraben.

9) Wenn man diejenigen von den obenbemerkten Einwürfen, welche von lockerer Consistenz und nur Vorwände zu sein scheinen, in den Hintergrund zurückstellt, so bleiben nur zwei Hauptgründe übrig, auf welche sich das große Ansehen der Verhandlungsmaxime vorzugsweise stützt und welche deren Herrschaft gegen das Eindringen einer feindseligen Concurrenz bisher sicherten. Auf Seite der Richter und der Rechtsgelehrten ist es der uralte Glaube an ihre ehrwürdige und wohlthuende Macht, die Achtung, die man vor

ihrer liberalen Abkunft hegt und nebenbei auch die bequeme Sorgenlosigkeit, mit der man sich ihrer Pflege hingeben kann, — es ist eine fast allgemeine opinio necessitatis, welche ihr schützend zur Seite steht, jenes zähe und sie mit Wärme umschlingende Dafürhalten, von dem sich mit fr. 39 de leg. (1, 3) sagen läßt, quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum sit, ein Niederschlag, oder vielmehr eine Ruhe der Urtheilskraft, welche man nicht ohne Grund als ein Vorurtheil bezeichnen darf. Auf Seite der Anwälte fällt aber noch ein zweiter Grund von tiefer stehender Beschaffenheit mit in die Wagschaale, dessen Herr zu werden indessen gewiß nicht geringere Mühe kosten dürfte. Die Verhandlungsmaxime wird von den Anwälten als eine Domäne ihres Standes, als eine Art Quasilegitimität betrachtet, und sie ist gleichsam in das Monopol ihres Geschäftsbetriebes mit hinüber gezogen, wo sie sich zu einer bedeutenden Ergiebigkeit ausgebreitet hat; sie trägt hier reichliche Früchte, die man keine sonderliche Lust bezeigt, sich so leicht wieder aus Händen winden zu lassen. Die langwierigen Beweisverfahren sind ganz besonders dazu geeignet und auch ausersehen, einen weitläufigen Tummelplatz für Eingaben und Erklärungen, Reisen und Gebühren, Zwischenfälle und Nachträge zu eröffnen. Was der Richter von Amtswegen thut, dazu bedarf die Partei keines Anwaltes; hätte die letztere etwas versäumt, so würde der erstere dasselbe wieder nachholen und die Lücke selbst ausfüllen, alles Dinge, welche man als Eingriffe in die obligate Klientel der rechtsgelehrten Fürsprecher betrachtet und ihren unentbehrlichen Dienst dadurch mit einem Ausfalle für bedroht hält. In dem bekannten Satze: judici fit probatio hat man versucht, den Nachdruck auf das Zeitwort „*fit*“ zu legen und daraus die Folge gezogen, der Anwalt müsse den Beweis zu Stande bringen, der Richter dürfe nichts selbst hinzufügen, sondern den ihm gelieferten nur einsaugen.

In jener Anschauung der Richter liegt der ideale, in dieser warmen Pflege der Anwälte der materielle Schwerpunkt der ganzen Verhandlungsmaxime; aus dem Zusammentreffen beider erklärt sich die Mißgunst, mit welcher die Rechtsgelehrten insgesammt selbst vom legislativen Standpunkte aus auf jede Aenderung herabsehen, welche die Linie jenes obersten Grundsatzes verließe. Man hält das Officialverfahren im Civilprozesse für inquisitorisch und unjuristisch und glaubt hiemit ein Anathem gegen dasselbe ausgesprochen zu haben, welches keiner weiteren Rechtfertigung mehr bedürfe und von dem es sich nie wieder zu erholen vermöge.

Der französische Civilprozeß steht unter der ordentlichen Herrschaft der Verhandlungsmaxime, wie der deutsche und der englische, nur wird dieselbe darin nicht so starr erfaßt, und so consequent durchgeführt, wie von den deutschen Gerichten, sondern sie findet sich durch bedeutende Ausnahmen eingeschränkt. Die Gesetze selbst fanden nicht nöthig, dergleichen Abweichungen viele vorzuzeichnen und in bestimmten Formen aufzustellen; der große Unterschied besteht nur darin, daß die zugelassenen von den Richtern kräftig gehandhabt und sich überdies noch neue dazu, wo sie unentbehrlich schienen, geschaffen wurden. Die Beimischung einer amtlichen Thätigkeit beruht in der französischen Jurisprudenz auf dem Gerichtsgebrauche, wie in Deutschland das Verdrängen und der allmählige Ausschluß derselben; nach der Wahrheit auf jede zugängliche Weise zu forschen, dieselbe, wo sie sich immer zeigen mag, über Trug und Rückhalt emporzuheben, gilt dort für erlaubt und juristisch, für die edelste Pflicht eines wahren Richters und Rechtsgelehrten [2]). Die Ueberzeugung von dem wahren Stande der Sache befestigen, heißt in der Landessprache für den Richter: seine Religion erleuchten; eine wahre Religion wird sich aber nur schwer in die engen Schranken einer Maxime eindämmen lassen. Die Richter nehmen sich einen großen Theil der Freiheiten selbst heraus, die ihnen zu einer vernünftigen Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit unentbehrlich scheinen; der Cassationshof in seiner Eigenschaft als cour regulatrice schützt die Gerichte kräftig in der Handhabung jener Freiheiten, statt ihnen durch cassatorische Urtheile den Leib immer enger zuzuschnüren, in weisem Hinblicke auf die Lehre des fr. 2 de Jurisdict. (2, 1): Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.

Die einzelnen Abweichungen des franz. Civilprozesses von den strengen Consequenzen der Verhandlungsmaxime sind im Laufe dieser Abhandlung an den betreffenden Stellen im besonderen hervorgehoben; nur eine kurze Hinweisung auf die vorzüglichsten derselben möge hier den Ueberblick ihres Zusammenhanges erleichtern.

a) Die Erlaubniß, Einreden von Amtswegen zu ergänzen, brauchte die franz. Pr.-O. gar nicht zu ertheilen, weil in dem Civilrechte selbst ein Lehrgebäude von Klagen und Einreden

---

2) Boncenne, T. II. Nr. 266 bemerkt: „Nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge kommen die Beweise den Richtern von Außen her zu; es gibt aber auch Ausnahmsfälle, in denen der Richter selbst sie erst suchen und aufgreifen muß, wo er sie findet." Vgl. oben S. 99 Note 19.

nicht, oder doch nicht so systematisch ausgebildet ist, wie im deutschen Rechte, sondern wo immer ein Grund zur Befreiung von einem Anspruche hervortritt, der Richter denselben als Einrede erfassen und zur Geltung bringen kann. Nachdem indessen der Art. 2223 C. N. den Gerichten verbietet, die Einrede der Verjährung von Amtswegen zu ergänzen, so läßt sich auf diese Ausnahme selbst die alte Regel in Anwendung bringen: Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis [3]).

b) Die Freiheiten des Gerichtsvorstandes bei der mündlichen Verhandlung der Sache sind im IV. Abschnitte angeführt worden. Jede Partei hat das Recht, die andere über artikulirte Thatumstände persönlich abhören zu lassen, — Art. 324—336 C. Pr.; dessen unerachtet kann der gewöhnliche Civilrichter die persönliche Erscheinung der Parteien verordnen, an jede derselben, wenn sie auch nur zufällig bei der Verhandlung zugegen wäre, Fragen nach Belieben richten, und aus ihrem Stillschweigen oder einer unbefriedigenden Antwort die Folgen des Ungehorsams ableiten. Art. 119 u. 428 C. Pr.

c) Nach Art. 252 C. Pr. muß die Partei, die zum Zeugenbeweise zugelassen sein will, denselben anerbieten; nach Art. 254 kann der Richter ihn auch von Amtswegen verordnen, und zwar nach einer nicht unbeanständeten Jurisprudenz selbst dann noch, wenn sich die Partei mit dem angebotenen Beweise präcludiren ließ oder den angetretenen versäumte. (Siehe oben S. 336.)

d) Zeugen oder Auskunftspersonen von Amtswegen dürfen zwar nicht vernommen werden; das Zeugenverhör selbst steht dagegen frei unter der Leitung des damit betrauten Richters; die Artikel sind hiefür nur anleitend und nicht maaßgebend. Nach Art. 273 und 276 C. Pr. kann die Gegenpartei keine direkten Fragen an den Zeugen richten, sondern nur den Richter, der das Verhör abhält, darum ersuchen; dieser darf in jedem Falle nach eigenem Gutbefinden den Zeugen solche Fragen vorlegen, die er zur Aufklärung der Sache nöthig oder nützlich findet. In summarischen

---

3) Pigeau proced. civ. II, 3 Tit. 2. Ch. 3 bemerkt hierüber: „Nebenbehelfe, welche blos eine Folge aus denen sind, die eine Partei bereits geltend gemacht hat, können vom Richter ergänzt werden, z. B. wenn einer Vindication die Exceptio praescript. cum tit. entgegengesetzt wird, und der Kläger diesem Titel die Nullität aus einem bestimmten Formfehler gegenüber stellt, so können die Richter auch andere Nullitätsgründe hervorsuchen, weil der Kläger, indem er überhaupt die Nullität des Aktes vorschützte, alle Gründe hiefür mittelbar mit in Bezug nimmt."

Sachen findet das Zeugenhör vor versammeltem Gerichte ganz ebenso statt, wie in unseren strafgerichtlichen Fällen. Art. 407 C. Pr.

e) Nach Art. 108, 109 u. 188 ff. C. Pr. können die Theile die Originaleinsicht der gegen sie gebrauchten Urkunden verlangen; geschieht dieses nicht, so gelten sie von selbst für anerkannt. Dessen unerachtet können die Gerichte auch außerdem nach Art. 13, 116 und 150 die Hinterlegung der Beilagen und Urkunden des Falles zur Einsicht von Amtswegen verordnen, eine Befugniß, wovon sie nicht selten Gebrauch machen.

f) Alle in amtlicher Verwahr befindlichen Register, Urkundensammlungen, Aktenhefte, wozu auch die bei den Notarien hinterlegten Originalakten gehören, werden nach dem Auftrage des Gerichtes von dem Staatsanwalte beigeschafft; sie gelten als Gerichtsnotorium für ganz Frankreich und werden in ganz Frankreich als solches behandelt [4]).

g) Die Verordnung eines Augenscheines ist immer dem billigen Ermessen der Gerichte überlassen; ebenso die Beiziehung oder sonstige Vernehmung von Sachverständigen, die Erholung eines kunstverständigen Gutachtens, was man Expertise nennt. Art. 295 und 302 C. Pr. Vereinigen sich die Parteien über die Person der letzteren nicht, so hat sie der Richter von Amtswegen zu ernennen. Art. 304, 305. In jedem Falle dürfen aber die Richter ihr eigenes Urtheil dem der Sachverständigen vorziehen oder gleich an dessen Stelle setzen, was wohl am häufigsten in Bezug auf die Aechtheit einer Handschrift vorkömmt. Art. 323.

h) Das Verhältniß des zugeschobenen Eides, dann des von Amtswegen aufgetragenen, d. i. des Erfüllungs- und Reinigungseides ist nach Art. 1358 u. 1366 C. N. so ziemlich dasselbe wie im deutschen Prozesse.

i) Ein Abgang von der strengen Verhandlungsmaxime thut sich noch hervor in mehreren summarischen Prozeßarten von eigenthümlicher Beschaffenheit, wo das Gesetz nöthig fand, einen ein-

4) Pigeau a. a. O. II, 2 Tit. 3 Ch. 1 bemerkt hieher bezüglich: „Vermuthet der Richter, daß ein Thatumstand, um den es sich handelt, durch Urkunden, Notariatsakten, Protokolle oder andere Schriftstücke bewiesen werden kann, welche die Theile nicht vorlegten, so verordnet er deren Beischaffung. Der betreibende Theil erholt sie alsdann und sorgt für deren Vorlage. Vermuthet er, daß der Thatumstand in solcher Weise nicht zu erproben sei, so ergreift er den sonst am paßlichsten scheinenden Weg, auf dem er zur Entdeckung der Wahrheit gelangen könne."

zelnen Richter mit den Parteien in unmittelbaren Verkehr zu setzen, um durch mündliche Aufklärungen und Austausch der Notizen das Wahre von einer verwickelten oder weit verzweigten Sache in ein besseres Licht zu versetzen und das wahrhaft Streitige, was einer Entscheidung bedarf, von dem, was blos gelegenheitlich damit zusammenhängt, auszuscheiden. So bei der gerichtlichen Erbtheilung nach Art. 823 u. 838 C. N. Art. 969 ff. C. Pr.; bei dem Rechnungsprozesse, dann der Liquidation von Früchten und Aufwendungen, nach Art. 526, 530 u. 538 C. Pr.; bei dem Rangordnungsverfahren nach Art. 750 ff. C. Pr. Die besondere Folge des Ungehorsams eines hinterstelligen Rechnungspflichtigen besteht nach Art. 534 C. Pr. darin, daß das Gericht dessen Receß arbitriren und dann executivisch beitreiben muß.

k) Das entschiedenste Uebergewicht der richterlichen Thätigkeit von Amtswegen fällt aber auf zwei Punkte, welche dem deutschen Richter als eine wahre Abschweifung vom rechten Wege erscheinen müssen, auf den umfassenden Gebrauch von dem Notorium, der Gerichts-, Orts- und Offenkundigkeit eines Umstandes, und sodann auf den freien Anschlag des Werthes nicht mehr beizuschaffender Sachen oder der vollen Genugthuung, der zu ersetzenden Schäden und Interessen nach einem Aversum. In der ersten Beziehung erheben sich die Richter im Grunde zu Stellvertretern und Ausschußmitgliedern der ganzen Landesgemeinde selbst; was dieser als gewiß bekannt ist, das braucht auch von dem Richter nicht mehr bezweifelt zu werden [5]). In der zweiten Beziehung werden alle Richter selbst zu Sachverständigen über Punkte, welche in den Bereich einer gemeinen Erfahrung und Kenntniß der Verhältnisse des gewöhnlichen Lebens fallen; sie behandeln nach eigenem Recht- und Gutbefinden jede Condictio incerti und setzen nach billigem Ermessen das sich in unsicheren Umrissen und oft in nebelichten Regionen bewegende Verlangen des Schadensersatzes auf ein gewisses Maaß fest.

5) Ein wichtiges Organ, um die Gerichte über offenkundige Verhältnisse aufzuklären, besteht auch in der amtlichen Mitwirkung der Staatsbehörde. In einer bedeutenden Sache, wo die franz. Bank eine Anweisung auf 30,000 Fr. nicht ganz regelmäßig angenommen hatte, ohne dafür die nöthige Deckung in Händen zu haben, und nun auf Bezahlung belangt war, begab sich der Staatsanwalt am App.-Gerichte, nachdem die Anwälte ihre Reden beendiget hatten, selbst auf die Bank, zog über die dort bestehenden Gebräuche genaue Erkundigung ein, trug, was er erfahren, dem Gerichtshofe vor, worauf wirklich durch reformatorisches Urtheil die Bank entbunden und der in ihren Händen befindliche Ueberschuß der Fallitmasse zugesprochen wurde. (G. d. Trib. v. 3. April 1859.)

Der letzte Abschnitt und die dazu gehörigen Fälle des I. Anhanges (Nr. 207—324) werden hierüber noch besondere und durch ihre Mannigfaltigkeit gewiß zufrieden stellende Aufklärungen liefern[6]).

Sollte je ein neues Prozeßgesetz für ein deutsches Land bei diesem Widerstreite der Ansichten in dem Kampfe der Ideen und Vorschläge an dem Scheidewege anlangen, sich auf die eine oder die andere Seite der ihm offen gelassenen Wahl hinwenden zu müssen, so dürfte dasjenige, was sich ihm zum Vorziehen am besten empfehlen ließe, unstreitig ein gemischtes System sein, welches die Verhandlungsmaxime als Regel wohl beibehalten, derselben jedoch eine reif bemessene Zugabe von selbstständiger Forschung der Gerichte als Ausnahme an die Seite stellen, als Beschränkung mit einverleiben würde. Die Verhandlungsmaxime ist und bleibt immer nur eine Maxime, wie jede andere; nach dieser Richtung hin bemerkte aber bereits der englische Rechtsgelehrte Lord Bacon sehr treffend: „Maximen müssen als Führer gebraucht werden, um die Um- und Queerwege der Erfahrung abzukürzen, aber nicht als unbeugsame Herrn, welche die Eingebungen des Genie's unterdrücken, und der größte Anwalt wird der sein, welcher der anerkannten Regeln seiner Kunst vollkommen Meister, sie zur rechten Zeit mit Sicherheit zu durchbrechen weiß[7]). Warum sollte nicht auch ein Gesetz sich diesen Rath in seiner Weisheit zur Richtschnur nehmen und weiter verfolgen dürfen?

Die hiemit angeregten Ausnahmen von der Verhandlungsmaxime würden am besten zwei Hauptfälle umfassen, einen allgemeinen und einen Cyclus von besonderen. Der erstere wäre überall da gegeben, wo es sich blos um die Ergänzung und vollständige Reinstellung eines von den Parteien selbst geführten Beweises handelt, wie der deutsche Civilprozeß dieses Recht in dem Erfüllungs- und Reinigungseide, nur auf ein einziges Beweismittel beschränkt, bereits in sich aufgenommen hat, und wie eben dasselbe dem Präsidenten eines Strafgerichtes nach Art. 141 des neuen Strafprozeß-

6) Es ließ sich nicht wohl vermeiden, mehrere Bemerkungen und Anführungen im Laufe dieser Abhandlung zu wiederholen, welche erst in dem allgemeinen und übersichtlichen Theile ihre Stelle einnehmen mußten, und dann bei dem Uebergange zu der ausführlicheren Darstellung der einzelnen Beweismittel nochmals im Zusammenhange mit dem abgeschlossenen Gegenstande einer solchen speziellen Erörterung nicht fehlen durften.

7) Best's englisches Beweisrecht §. 418.

Gesetzes zusteht. Unabhängig von dieser Voraussetzung oder vielmehr schon von selbst darin begriffen wären natürlich dem Richteramte alle Befugnisse aufrecht zu erhalten und wiederzugeben, welche ihm schon die bayer. GO. in vielfacher Uebereinstimmung mit dem gemeinen Prozesse zudachte, und welche im Grunde gar keine Abweichungen von der Verhandlungsmaxime sind, das Recht, an Parteien und Zeugen Fragen zu stellen, Urkunden, welche sich in Verwahr einer Behörde befinden, zur Einsicht beischaffen zu lassen, Augenscheine und sachkundige Forschungen zu verordnen, worüber sich bei den einzelnen Beweismitteln die angemessenen Vorschläge finden werden. Die besonderen Punkte, welche wegen eigenthümlicher Rücksichten einen Abgang von der Verhandlungsmaxime im Ganzen und eine Verpflichtung der Richter zur Thätigkeit von Amtswegen zu verdienen scheinen, ließen sich aber beiläufig in folgende Uebersicht der Fälle zusammenfassen:

a) um das Recht selbst und seine Quellen zu ergründen, besonders über den Bestand von Gewohnheitsrecht, Herkommen oder eines kundbaren Gebrauches, soweit ihnen ein Ansehen belassen wird, über die Verkündigung der Gesetze und ihr Verkommen durch Entwöhnung — desuetudo;

b) um die Bedingnisse der Zuständigkeit zu ermitteln, insbesondere den Wohnsitz oder Aufenthalt von Personen, die Niederlassung von Gesellschaften, die gepflogene Vertheilung einer Erbschaft, das Vorliegen der Beschwerdesumme, die Rechtshängigkeit und den Zusammenhang der Sachen;

c) so oft es sich darum handelt, einen in der Gegenwart noch fortdauernden äußeren Zustand, oder

d) einen in den Bereich der Offen- und Ortskundigkeit fallenden Umstand, wie solche oben im V. Abschnitte, §. II (S. 242) aufgezählt sind, genau festzustellen und zu bewahrheiten;

e) so oft es darauf ankömmt, ein Versehen der Behörde oder ihrer Hilfsbeamten bei Ladungen, Zustellungen, Einlaufsvormerken, Post- und Botendienst, und dergleichen zu erheben oder wieder gut zu machen, desgleichen in Bezug auf die Versehen von Gehilfen oder Dienern der Anwälte, der Insinuationsmandatare, sowie auch über die Versehen und die Entschuldbarkeit von Versäumnissen der Parteien oder Fürsprecher selbst, über die Gründe zur Wiederherstellung derselben;

f) zur Ermittlung der Glaubwürdigkeit aller von den Parteien gebrauchten Beweismittel selbst, wobei also gleichsam eine pro-

batio secundi generis in Frage steht, der Aechtheit oder Mängel von Urkunden, des Wahren an der Verdächtigung von Zeugen und Sachverständigen;

g) zur Ergründung der Einrede wucherlicher Verkürzung, in allen Besitzstreitigkeiten, Rechnungsprozessen und mündlichen Verhörssachen, dann zur Ermittlung der Größe einer ihrem Bestande nach bereits gewissen Schuld;

h) wenn ein vorgeschlagener Zeuge Personen benennt, von denen er seine Kenntniß erlangte, oder welche sonst besseren Aufschluß über die Sache geben könnten, so wären dieselben, soweit erheblich, auch ohne neuen Antrag sogleich als Auskunftspersonen zu vernehmen;

i) nebstdem käme über Alles von Amtswegen einzuschreiten, was gegen eine Partei gerichtet ist, welche nach den Vorschlägen am Schlusse des IV. Abschnittes (S. 195 litt. e) durch ihre leichtfertigen Umtriebe die Verhandlungsmaxime bereits verwirkt hat.

Mais en tout genre l'usage l'emporte, et tous ceux, qui ont raison contre l'usage, sont sifflés ou condamnés.

Voltaire, Questions sur l'Encycl. Art. *Boulevard.*

Achter Abschnitt.

Die Rechtskraft über den Sachverhalt. Die Wiederherstellung und der Cassationsrecurs.

Il ne faut pas donner à l'une des parties le bien de l'autre sans examen, ni les ruiner toutes les deux à force d'examiner. Le repos des familles et de la société toute entière se fonde non seulement sur ce qui est juste, mais encore sur ce qui est fini.

Esprit des lois.

Jedes Ding in unserem Erdenleben muß seinen Anfang, jedes sein Ende haben; nur der deutsche Prozeß steht nahe daran, sich die Palme der Unsterblichkeit zu erringen; — er ist der ewige Prozeß geworden. Die ausschließenden und die Nothfristen, diese unentbehrlichen Gränzmarken, um alle Vertheidigung einmal zum Stehen zu bringen und die ganze Verfolgung der Sache in feste Schranken zu bannen, die präjudiciellen Termine und Tagsfahrten sind durch zahllose Verlängerungen, die auf den leichtesten Vorwand hin bewilliget werden, nicht nur handgreiflichen Mißbräuchen preis ge-

geben, sondern auch am Ende dennoch nicht stark genug, um dem Eindringen neuer Behelfe für immer die Thüre zu verschließen. Die Rechtskraft selbst, diese ehrwürdige und eiserne Pforte, um zuletzt einmal an das ferne Ziel alles Streites zu gelangen, dieser vom Gesetze auferlegte Rechtsfrieden, diese gewaltige Trägerin einer Rechtsvermuthung für die Gerechtigkeit des Urtheiles, was auf der höchsten Stufe der Forschung gefunden ist, diese feierliche Gewährschaft des errungenen Sieges, besteht in der Wirklichkeit nicht mehr, ist zu einem leeren Namen herabgesunken, ist durch den freien Lauf der unwürdigsten Kunstgriffe vereitelt und beinahe in blauen Dunst aufgegangen. Wer Lust hätte, hieran zu zweifeln, den darf man nur an gewisse landeskundige Schuldenwesen auf dem Münchner Handelsplatze erinnern, die ihren zähen Lebensfaden seit Anfang der letzten vier Jahrzehnte fortspinnen und nicht mehr weit darauf hin haben, ihr Jubiläum zu feiern, oder auf einen noch merkwürdigeren Fall hinweisen, der es in einem Viertelsjahrhunderte unausgesetzten Kampfes über einen kunstmäßigen Barrikadenbau von Voreinreden und Zwischenpunkten, Berufungen und Revisionen, von Nullitätsquerelen, Restitutions- und Leuterationsgesuchen, Extrajudicial- und Perhorrescenzbeschwerden noch nicht bis zur Einlassung des Beklagten bringen konnte [1a]). Was der Eine ungestraft kann, das müssen sich Alle versucht fühlen, sicher zu wagen. Selbst ein flüchtiger Blick auf die betrübende Geschichte jener Rechtsfälle muß die Ueberzeugung aufdringen, daß es für den deutschen, für den bayerischen Prozeß insbesondere keinen unfreiwilligen Ausgang, daß es keine Rechtskraft mehr gebe, um den wiederkehrenden Gelüsten, die abgethane Sache auf's neue in den Wirbel des Haders herabzuziehen, ein ewiges Stillschweigen aufzuerlegen. Die Privilegien der außerordentlichen Rechtsmittel und der unerhörte Mißbrauch, der damit getrieben wird, ein freventliches Spiel der ausgesuchtesten Intriguen, die Virtuosität gewandter Fürsprecher haben alles Vertrauen auf eine rechtskräftige Entscheidung vereitelt, zur Unmöglichkeit gemacht, ja selbst in das Reich des Lächerlichen und des Belachten verwiesen.

Der bedachtsame Gang des ordentlichen Prozesses führt schon

1a) RNr. 1255, $^{53}/_{54}$. In einem anderen Falle, welcher die Vindication abgerissener Senioratslehen betrifft, dauerten die lebhaft betriebenen Verhandlungen bereits 13 Jahre lang, und die Sache kam schon acht- bis zehnmal beim obersten Gerichtshofe zur Vorlage und Entscheidung, ohne daß noch der beklagte Theil zu vermögen war, seine Vernehmlassung auf die Klage abzugeben. (RNr. 1231, $^{57}/_{58}$.) Vgl. Abschnitt XIV. Note 11b.

an und für sich jede Sache von einigem Belange dreimal über drei Stockwerke der Entscheidung hinauf, bis sie nur bei dem rechtskräftigen Endurtheile angelangt ist, zuerst über die gewöhnliche Verhandlung der Sache im Wechsel der vier Schriftsätze, um ein Beweisinterlokut zu Stande zu bringen, dann durch das künstliche Beweisverfahren mit seinen vielen Zwischenpunkten an Editions- und Restitutionsgesuchen selbst, woraus wieder ein Prälokut hervortritt, und endlich an letzter Stelle, um die Folgen der abgeschwornen Eide auszusprechen, was im Ganzen neun Hauptbescheide in Aussicht stellt, ehe das Endurtheil die Rechtskraft beschreitet. Glaubt aber nun diejenige Partei, welche hier den Sieg errungen hat, des langen Haders müde, die ersehnte Ruhe gefunden, das glückliche Ende einmal erreicht zu haben, und das ihr feierlich zugesprochene Recht nur ergreifen, die Frucht davon genießen zu dürfen, — eitles Begehren, vergebliche Hoffnung, mit nichten, versetzt ihr in lächelnder Ruhe von einer neuen Verschanzung aus der Gegner, so weit sind wir noch lange nicht! Nun folgt erst die lange Reihe der außerordentlichen Rechtsmittel, die den Sieger erstaunt und entmuthiget auf den Anfang der Sache zurückwerfen, die zuchtlose Schaar der Restitutionsgesuche, ein ganzer Zug von Nullitätsquerelen, in einer planmäßigen Ausbeutung hintereinander hergehend und einer Hydra nicht unähnlich, der aus jedem abgeschlagenen Haupte ein neues hervorschießt. Die unterlegene Partei, die Alles daran setzt, dem Spruche aus dem Wege zu gehen, darf nur beschwören, in den letzten vier Monaten einen zweideutigen Zeugen oder die halbvermoderte Abschrift einer Urkunde neu aufgefunden zu haben, um das ihr mißliebige Urtheil mit all' seiner Rechtskraft wieder in die Luft zu blasen; dreißig Jahre lang stehen derselben Thür und Thore offen, um eine kleine Nullität aufzuspüren, einen schwachen Schimmer von Unregelmäßigkeit hervorzusuchen, den durchsichtigen Vorwand, als bestehe ein Mangel erst an der Gerichtsbarkeit, dann an der Ladung, zuletzt an beiden zugleich, mit einem erkünstelten Scheine zu umgeben, immer steht ihr während jenes langen Zeitraumes noch eine zweite, um eine Stufe höher liegende Klage zu Gebote, gleichsam eine actio actionum oder negatoria rei bene gestae, mittels welcher sie die ganze Verhandlung und Entscheidung der ersten als nichtig anklagen, über ihre Aufrechterhaltung oder Vernichtung der Länge und Breite nach streiten kann, die letztere auch manchmal zu erwirken und in jedem Falle alle Vollstreckung des Urtheiles auf eine lange Reihe von Jahren

hinaus zu vereiteln im Stande ist. Angenommen, diese Rechtsmittel wären wirklich nothwendig und sie hielten die Probe einer gesunden Kritik aus, warum ist noch Niemand auf den so nahe liegenden Gedanken verfallen, in einer der vielen Novellen zur GO. zu verordnen, eine Nullitätsbeschwerde und ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand könne in jeder Sache nur einmal zu Hilfe genommen werden? Kann der Mißbrauch noch greller werden und hervortreten, als er sich Tag für Tag in den Erscheinungen der gerichtlichen Praxis vor Jedermanns Augen kund gibt? Ist wohl noch ein Zweifel daran möglich, erlaubt ihn die tägliche Erfahrung, daß jene Rechtsmittel nicht mehr als ehrliche und ernstliche Behelfe dienen, daß sie nur jämmerliche Ausflüchte sind, um die verdrießliche Gewißheit des Unterliegens in eine unabsehbare Ferne hinauszurücken? In dem Executionsverfahren hat eine etwas gewagte Interpretation es bereits durchgesetzt, in dem §. 108 der bayer. Prozeßnovelle v. 1837 verordnet zu finden, auch die Nullitätsbeschwerde sei dort, wie jede andere Beschwerde an die kurze Nothfrist von vierzehn Tagen gebunden; warum hat noch Niemand daran gedacht, einer jeden Nullitätsquerel eine Frist von dreißig Tagen, statt von ebensoviel Jahren vorzustecken? In Strafsachen bestehen nach Art. 264 des neuen Prozeßgesetzes nur drei Restitutionsgründe, die sehr enge abgemessen sind; warum sollte der Civilprozeß nicht einer ähnlichen Beschränkung jener außerordentlichen Rechtshilfe fähig sein und sie verdienen?

Unsere Gesetze sind der Duldung eines solchen Unfuges von Grund aus entgegen, nach ihrer Vorschrift müssen alle Beweismittel vor Ablauf der Beweisfrist benannt sein, indem sie außerdem für immer ausgeschlossen bleiben; nur setzt die bayer. GO. an mehreren Stellen und vor Allem in K. IX. §. 10 und K. X. §. 5 Nr. 5 den so sehr mißbrauchten Vorbehalt bei, es sei denn, daß sich dieselben erst später hervorgethan hätten und dieses mit einem Eide erhärtet oder sonst dargethan werden könnte. Vgl. GO. K. VI. §. 2; K. IX. §. 6 Nr. 3 u. 4; K. X. §. 19; K. XIV. §. 2 Nr. 3; K. XV. §. 5 Nr. 8; K. XVI. §. 1 Nr. 11 und Novelle v. 1837 §. 38. Die Rechtskraft sollte noch mehr gegen jede spätere Anfechtung gesichert und nicht mehr der Zufälligkeit ausgesetzt sein, wiederholt in Frage gestellt werden zu können; das römische wie das canonische Recht stimmen hierüber ganz überein. Arg. Nov. 90 C. 4 §. 1: Illud tamen indubium est, non habebit omnino licentiam ullam, ulterius uti testium productione, neque si di-

vina hoc jussio praeceperit. Also nicht einmal ein kaiserlicher Befehl sollte kräftig genug sein, um neue Zeugen damit einschwärzen zu dürfen. C. 2 de re jud. (7, 52): Res judicatae, si *sub praetextu* computationis instaurentur, nullus erit litium finis. Gewiß ein sehr prophetisches Wort. C. 4 eod.: *Sub specie* novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari, exemplo grave est. Hiemit stimmt auch Clem. 2 de test. (2, 8) für den Ausschluß neuer Zeugen nach der Eröffnung dessen überein, was die alten ausgesagt haben, oder gar erst in der zweiten Instanz; in gleicher Weise spricht von der Rechtskraft Cap. 20 X. de sent. (2, 27): cum *sub praetextu* novorum instrumentorum lites non debeant instaurari; dann Cap. 21 eod.: *Praetextu* privilegii de novo reperti, praedicta non debet sententia retractari. Sehr bezeichnend sind in all' diesen Stellen die überall wiederkehrenden Worte: sub praetextu, sub specie; alle neu vorgeschützten Behelfe sind schon hiedurch gleich von vorne herein als präsumtive Vorwände verdächtiget, eine Annahme, welche auch die tägliche Erfahrung genau bewährt. Denn wohlgemerkt, auf den neuen Zeugen, auf die nachgeschobene Urkunde ist es in den meisten Fällen gar nicht abgesehen, sondern nur darauf, um auf der einen Seite Zeit zu gewinnen und durch eine Chikane den Fortgang der Sache aufzuhalten, auf der anderen, mit diesem neuen Glückswurfe dem bereits geschöpften Urtheile seine Kraft wieder zu benehmen, die ungünstig ausgefallene Würdigung der alten Beweismittel durch das Einzwängen einiger neuen rückgängig zu machen, deren Verschmelzung auf ein neues Gestell zu bringen und auf solche Weise alle Theile des alten Ausspruches im Rechtspunkte wie auf dem Felde der Thatsachen wiederholt in Frage zu stellen, einer ganz abweichenden Beurtheilung zugänglich zu machen.

Will man hier ein Bild von dem wirklichen Verlaufe der Sache finden, so ist die Sache sehr einfach; beinahe alle Restitutionsgesuche und Nullitätsquerelen haben so ziemlich dieselbe Geschichte. Eine Partei, welche nach langem Streite unterlegen ist, legt in ihrem blinden Wahne die Schuld hieran ihrem Anwalte zur Last, geht daher zu einem anderen, und erzählt ihm die Sache; dieser trägt natürlich wenig Bedenken, der verlängerten Kampflust die Hand zu bieten, so lange nur irgend ein Funke am juristischen Horizont zu erblicken ist, welcher erlaubt, den Umschlag der Sache für möglich zu halten. Auf die gewöhnliche Frage, „ob hier nichts mehr zu machen sei," wird derselbe die leichte Antwort geben: Nur

dann, wenn Sie einen neuen Zeugen wüßten, — und sich hierauf meistens erwiedern hören: „Der wäre schon zu finden," woran ängstlich zu zweifeln, er selbst natürlich nirgends einen Grund erblickt. Werden ihm nun einige Namen angegeben, so kümmert er sich wenig darum, was sie wissen und aussagen können, ob sie schon früher bekannt sein mußten und warum sie nicht gleich Anfangs beigeschafft wurden; Alles, was er seiner Partei sagen kann, besteht meistens darin, sie müsse schwören können, daß sie diese Zeugen erst in den letzten vierzehn Tagen oder vier Monaten erfahren habe, wozu sich bereit zu erklären, nur Wenige ihr Gewissen zu enge finden. Wie ist es möglich, sich des Erstaunens und der Entrüstung zu erwehren, wenn man die wenigen Beispiele vor Augen hält, welche der Anhang II. Nr. 10—12 hierüber aufstellt, und welche nur das treue Bild einer Unzahl von ähnlichen Fällen wiedergeben?

Mit den Nullitätsquerelen nimmt die Sache beiläufig denselben Gang; es wird sich kaum eine Verhandlung so musterhaft, ein Urtheil in dem Grade untadelhaft zugeschnitten finden, daß es der gewandten Hand des Anwaltes nicht gelingen sollte, einige schwache Tropfen von Nullität herauszupressen, die dann gleich den willkommenen Vorwand zur Erhebung einer oder mehrerer Nichtigkeitsbeschwerden hergeben müssen[1b]). Mehr als irgend ein anderer Abschnitt des Verfahrens sind es, wie schon weiter oben (S. 109) berührt, die Zwangsversteigerungen von liegenden Gütern, in denen dieser Mißbrauch um sich wuchert, weil hier der Zug der ordentlichen Rechtsmittel sehr eingeschränkt ist, und Jedermann, der Haus und Hof verlassen soll, um einen verhaßten Gläubiger darin einziehen zu sehen, das Aeußerste aufbietet, um diese traurige Katastrophe seiner Streitsucht so weit als möglich hinauszuschieben.

Auch hier kann eine kurze Kritik der außerordentlichen Rechtsmittel im deutschen Prozesse und ein Fingerzeig auf die Verkehrtheit, in welche deren Gebrauch versunken ist, das Meiste dazu beitragen, dem Nachdenken hierüber reichlichen Stoff zur geläuterten Abwägung zu geben.

1b) Ein Beispiel zur Erläuterung. Die I. Instanz hatte den Beklagten von einer erhobenen Klage entbunden, weil schon seine erste perempt. Einrede vollkommen gegründet sei; das App.-Gericht bestätigte, mit dem Beisatze, wäre auch dieses nicht der Fall, so würde immerhin die zweite Einrede auch noch durchgreifen. Hiegegen Nullitätsquerel des Klägers an den obersten Gerichtshof, weil das App.-Gericht die zweite Einrede, über welche sich das Landgericht noch gar nicht ausgesprochen, nicht habe würdigen dürfen. (RNr. 1588, 56/57.)

1) Eine nutzlose und leicht zu vermeidende Vervielfältigung der Prozesse verdankt gleich auf der Schwelle ihren Ursprung der beliebten Formel, die Klage in der angebrachten Art abzuweisen. Das erkennende Gericht will damit selbst das streitige Recht gegen die Folgen der Rechtskraft verwahren und hängt in dieser Absicht seinem Urtheil einen Vorbehalt zu Gunsten des Klägers an, vermöge dessen er den soeben verlornen Prozeß mit einem neuen Feldzuge wieder von vorne anfangen und noch möglicher Weise gewinnen kann. Eine gesetzliche Grundlage läßt sich für dieses Laviren mit der Entscheidung nicht anführen; jene mildere Form der Abweisung lehnt sich blos an die Bestimmung der GO. K. IV. §. 17 an, daß Klagen, deren Ungrund aus des Klägers eigener Erzählung hervorgeht, ohne Mittheilung an den Gegner sogleich von Amtswegen zurückzuweisen seien, bis derselbe etwa seine Klage besser begründet. Die Aengstlichkeit mancher Richter oder ihre Unlust, sich in die einzelnen Schwierigkeiten des Falles zu vertiefen, findet eben hierin einen willkommenen Vorwand, um die Hauptfragen des Prozesses für jetzt noch offen zu erhalten und das eigene Gewissen nicht mit einer Entscheidung zu belästigen, welche alle Fäden eines Rückgriffes auf dasselbe Recht für immer durchschneiden würde. Die Praxis der Gerichte hat deshalb jener erhaltsamen Klausel eine Ausbreitung gegeben, welche die billigen Gränzen überschreitet. Auch die Klage, die schon verhandelt ist, wird noch angebrachtermaaßen abgewiesen, wenn in ihrer Abfassung eine kleine Ungenauigkeit unterlief oder eine Ergänzung in der Replik erfolgte, die man für eine unzulässige Aenderung erklärt; ist ein Beweis mißglückt, so wird der Beklagte von der Klage in der angebrachten Art entbunden, selbst hinfällige Einreden werden zuweilen in der angebrachten Art ab- und zur besonderen Austragung verwiesen. Blickt man auf die wohlthätige Bedeutung eines solchen Zusatzes, so muß man es gewiß billig finden, daß ein kleines Uebersehen, ein Formfehler oder eine zufällige Unrichtigkeit in der Entwicklung, eine Lücke in dem Inhalte einer Klage nicht gleich den ganzen Verlust der Sache zur Folge habe; allein das Mittel, die Verbesserung auf einen zweiten Prozeß hinüber zu verweisen, ist unglücklich gewählt, in keinem Falle nothwendig und in hohem Grade verkehrt. Im französischen Prozesse ist die Abweisung in der angebrachten Art unbekannt und ihr Vermissen auch nicht von der Folge begleitet, das gute Recht einer größeren Gefahr des Unterganges auszusetzen; die Gründe hiefür sind sehr einfach und

müssen von selbst einleuchten. Was in der Klage dunkel geblieben, wird auf die Rüge des Beklagten vom Kläger in der Replik erläutert, worauf jener nicht von ferne daran denkt, sich über eine unzulässige Abänderung des Klagewerkes zu beklagen. Was in dem vorläufigen Schriftenwechsel mit Stillschweigen übergangen war, das fügt die mündliche Verhandlung der Sache nachholend noch bei; denn die letztere bildet immer die entscheidende Phase des ganzen Kampfes. Was der Richter der ersten Instanz in den Verhandlungen als unklar und nicht gehörig dargelegt zurückweiset, das findet seine natürliche Ergänzung und vollständige Aufhellung in denen der zweiten; was in jeder Instanz den Richtern noch dunkel vorkömmt, das sucht der Vorstand durch die geeigneten Fragen an Parteien und Anwälte sich selbst aufzuklären. Die geschraubte Antwort hierauf oder eine Verweigerung derselben wird immer in jenem Sinne aufgefaßt, welcher demjenigen, der ein solches Kunststück aufführt, der ungünstigste ist. Das Verhältniß der ersten wie angebracht abgewiesenen Klage zu der zweiten verbesserten fällt dort ganz mit dem Rechtszuge von der ersten zur zweiten Instanz in Eines zusammen und findet in dieser Stufenfolge seine natürliche Erschöpfung 1c). Im deutschen Prozesse dagegen ist die Verhandlung durch strenge Fallfristen und gewisse feststehende Regeln, welche jede mutatio libelli in replicis verbieten und dem novum in appellatorio den Ausschluß bedeuten, in ein enges und unabänderliches Geleise eingedämmt. Diese geben sich von selbst dazu her und werden noch überdies durch einen zu weit getriebenen Eifer dazu mißbraucht, jede spätere Aufhellung oder jedes neue Beweismittel, welches im Laufe einer Sache noch etwas

1c) Ueber dasjenige, was unsere Abweisungen in der angebrachten Art sind, macht Carré Qu. 1627ter folgende treffende Bemerkung: „Die Gerichte sind bei Vermeidung der Justizverweigerung verpflichtet, über die ihnen unterbreiteten Streitigkeiten definitiv zu erkennen. Derjenige Richter, welcher nur zur Zeit (d. i. wie angebracht) urtheilen wollte, der Partei, welche z. B. ihre Urkunden nicht vorlegen konnte, für die Zukunft ihre Rechte vorbehaltend, würde dem Willen des Gesetzes gerade zuwider handeln, indem er Prozesse ewig machte, welche dasselbe sobald als nur immer möglich zur Verlöschung bringen will. Ein solches Urtheil, wenn gleich von der Gegenpartei in gehöriger Frist nicht mit den gesetzlichen Rechtsmitteln angegriffen, müßte daher trotz aller darin aufgenommenen Vorbehalte so betrachtet werden, als hätte es den Streit für immer erlediget.“ Dessen unerachtet kommen Abweisungen zur Zeit vor, z. B. in Gaz. d. Trib. v. 16. Febr. 1859: „... dit, qu'il n'y a lieu *quant à présent*, d'accueillir la demande en dommages-intérêts.“ Vgl. Anh. I. Nr. 74.

Licht verbreiten wollte, statt dasselbe noch freundlich bei sich willkommen zu heißen, vielmehr als verabsäumt im günstigsten Falle zum Nachschleppen mit einem späteren Zuge zu verweisen und hiemit seine Berücksichtigung auf Jahre hinaus zu vertagen [1d]). Noch eine Betrachtung hebt diesen Mißstand besser hervor. Die Rechte der Partcien im Prozesse sind bekanntlich gleich, im Zweifel ist der Beklagte der begünstigte Theil. Wenn nun nach dem Stande des dermaligen Prozeßrechtes die mangelhaft entwickelte Einrede für immer verloren ist und später keinen Ausweg mehr findet, sich geltend zu machen, welche Rücksicht sollte noch davon abhalten, dem Kläger, der seinen Anträgen selbst dann nicht aufzuhelfen im Stande ist, wo das Urtheil der ersten Instanz ihm die vorgefundenen Mängel derselben aufdeckte, mit gleichem Rechte dasselbe Loos zu bescheiden? Wenn er selbst auf dieser letzten Höhe angekommen nichts Besseres zur Begründung seiner Klage vorzubringen weiß, so ist es gewiß ein sicheres Zeichen, daß ihm nichts mehr hiefür zu Gebote steht. Die geheime Moral der Abweisung in angebrachter Art und der größte Einwurf gegen ihre längere Duldung bleiben aber immer noch darin zusammengedrängt, daß dieselbe als eine offene Hinterthüre für die Rathlosigkeit dient, durch welche sich das Nachdenken über den Fall ermüdet aus der Klemme der Verwicklungen herauszieht und unbekümmert um den endlichen Ausgang ein leichtes Spiel findet, die Sache auf eine neue Bahn von Wechselfällen zurückzuwerfen, die noch in weiter Ferne liegen.

2) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kömmt bekanntlich in zweierlei Formen zum Vorscheine, entweder als sog. Incidentrestitution im Laufe der Sache selbst, wo die neuen Einreden oder Beweismittel nur einer Berufung angehängt werden und gleich in der höheren Instanz gelegenheitlich mit zur Würdigung kommen, oder als das außerordentliche Rechtsmittel gegen rechtskräftige Endurtheile, wo sie dann immer bei der ersten Instanz anzubringen ist und den ganzen Rechtszug durch die beiden höheren auf's neue durchlaufen muß. Für den Nachschub der Behelfe jener ersten Klasse, die noch vor der rechtskräftigen Entscheidung aufgefunden werden, läuft im bayerischen Prozesse ein vierzehntägiger Termin, für die der zweiten eine Nothfrist von vier Monaten. Die Mittel, das neue Auffinden in diesen Zeiträumen zu bescheinigen oder glaubwürdig zu machen, sind in beiden Fällen sehr erleichtert;

1d) Vgl. oben S. 145.

statt eines freien Ueberblickes über die Umstände des Falles und einer hieraus zu gewinnenden Ueberzeugung von der Moralität und wahren Tendenz des Gesuches, entscheidet überall nur der Eid der Partei selbst, juramentum novorum genannt, für sich allein[2]). Es läßt sich hier mit großer Sicherheit annehmen, daß mehr als die Hälfte dieser Eide höchst leichtsinnig, unter dreien vielleicht einer falsch geschworen werden, mit dem geheimen Vorbehalte der Klausel nämlich, den der Noveneid des gemeinen Prozesses als eine besondere Alternative in sich aufnahm, „daß wenigstens der Schwörende jetzt erst, des neuen Behelfes benöthiget zu sein, wahrgenommen habe." Die neuen Urkunden sind meistens Briefe und andere schriftliche Notizen, von denen man vorschützt, sie hätten sich inzwischen verschoben gehabt, die neuen Zeugen solche, an die man zuerst hätte denken sollen und müssen, z. B. in dem Streite über die Ausübung eines Forstrechtes der Waldhüter, der vermöge seines Dienstes Alles beobachten mußte, oder bei dem Versuche, die Fälschung eines Handelsbuches zu beweisen, die Buchhalter, welche zu jener Zeit auf dem Comptoir verwendet waren. In all' dergleichen Fällen sind die Gerichte nur zu geneigt und jederzeit bereitwillig, dem Eide Glauben zu schenken, wenn gleich die übrigen Umstände ein neues Auffinden noch so sehr widerlegen; sie finden jede Art von Vergeßlichkeit annehmbar, jede Unachtsamkeit leicht zu entschuldigen. Der wichtigste Punkt bei der Sache bleibt meistens ganz unbeachtet. Zu einem grundhaltigen Restitutionsgesuche gehört nicht blos der Thatumstand, daß der Nachsuchende den neuen Behelf vorher nicht gekannt, sondern auch, daß er denselben zur rechten Zeit und bei noch offener Frist des angewendeten größten Fleißes unerachtet nicht beizubringen vermocht habe, wie sich aus einer Vergleichung des §. 35 litt. c mit §. 38 der Novelle v. 1837 zur bayer. GO. als unzweifelhaft ergibt[3]). Diese letztere Probe, welche blos aus einem freien Anschlage der Umstände jedes Falles ermittelt werden kann, werden aber gewiß die wenigsten Restitutionsgesuche aushalten, sobald nur jene möglichste Fleißanwendung bei den Gerichten einer ungebundenen Würdigung anheim fällt. Allein gerade darüber wird in der Regel hinweggegangen und sich mit der vorgeschützten und beschwornen Unkenntniß begnügt, vermuthlich aus dem Grunde, weil das neue Auffinden gewissermaaßen mit der Verneinung einer schon

2) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII., Ergänz.-Bl. S. 48.
3) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX. S. 395.

früher erlangten Kunde zusammenfällt, einen negativen Umstand aber Niemand zu beweisen braucht[4]).

3) Alle bisherige Erfahrung lehrt überdies, daß die im Restitutionswege beigeschafften Zeugen die verdächtigsten von allen, gleichwie die nachgeschobenen Urkunden fast immer ohne sonderlichen Belang sind, handgreifliche Prätexte zum Verschleife der Sache, wie sie das römische und das canonische Recht ganz richtig bezeichnen. Die meisten Zeugen wissen gewöhnlich gar nichts Neues von der Sache und werden nur auf gerathewohl dem Gegner im Prozesse unter die Füße geworfen, auf gut Glück und die oberflächliche Vermuthung hin, daß, wenn auch alle übrigen Stricke zerreißen, vielleicht denn doch einige dünne Fäden einer Bekanntschaft mit der Sache in dem Bewußtsein anderer Personen verborgen ruhen könnten[5]). Oder die neuen Zeugen sind, weil die alten nicht ausreichten, erst bestochen und über ihre Aussage abgerichtet worden; Fälle dieser letzteren Art sind um nichts seltener als die der ersten[6]). Und wenn

4) Englisches Recht. So oft eine Partei nachweisen kann, daß aus der buchstäblichen Beobachtung eines vom Gerichte aufgestellten Reglements (d. i. eines Präclusivtermines) eine große Härte sich ergeben würde, kann sie auf Abhilfe antragen, welche ihr auch in der Regel gewährt wird, wenn ihr Gesuch nicht verspätet ist oder in dessen Gewährung eine Unbill für den Gegner läge. Allein dieses Remedium versteht sich nicht von selbst, sondern es hängt von freiem Ermessen der Gerichte ab, dasselbe zu gestatten oder zu verweigern, und im ersten Falle die zu leistende Hilfe an beliebige Bedingungen zu knüpfen. So wird ein in gehöriger Form ausgewirktes Contumacialurtheil nicht leicht auf die angegebene Weise bei Seite gesetzt, wenn nicht durch eidliche Erklärungen, sog. Affidavits, wahrscheinlich gemacht wird, daß dasselbe das materielle Recht verletze; denn es wäre in der That lächerlich, die Winkelzüge eines Beklagten, welcher der Klage keine stichhaltige Vertheidigung entgegenzusetzen vermag, durch außerordentliche Rechtsmittel zu unterstützen. Rüttimann's engl. Civ.-Proz. §. 125.

5) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Kläger, gegen welchen ein Beweis durch die ganz klassisch befundenen Handelsbücher seines Gegners geliefert war, findet nun erst einen alten Brief an sich selbst vor, worin ein Freund die Vermuthung äußerte, jene Bücher könnten absichtlich entstellt sein, was wohl die Buchhalter des Hauses seiner Gegner mit wissen müßten. Er läßt sich nun auf der Polizei die Bücher darüber aufschlagen, wer zu jener Zeit auf dem Comtoir des gedachten Hauses angestellt war und schlägt dann vier bis sechs Commis, die seitdem in aller Welt zerstreut sind, über jene eingebildete Fälschung als neu aufgefundene Zeugen vor. (Anh. I. Nr. 34.)

6) Ein weiteres Beispiel zur Erläuterung. Der Schuldner eines Verstorbenen, dem der Beweis mißlungen war, daß ihm der Erblasser bei dessen letzter Anwesenheit in seinem Orte seine ganze Schuld erlassen habe, schlägt einen

nun alle neuen Zeugen nach mehrjährigen Restitutionsverhandlungen, geschwornen Eiden über neues Auffinden, bewilligter Wiederherstellung und gepflogenen Vernehmungen von der Sache, um die sie gefragt werden, wie so häufig vorkömmt, nichts, auch nicht das geringste wissen, was kann uns der restituirte Urheber dieser langen Verschleppung zu seiner Entschuldigung sagen? Ich habe mich geirrt, war falsch berichtet, besaß selbst nicht das Mittel, die Zeugen zum voraus genau zu examiniren. Niemand hat alsdann ein Recht, Niemand denkt nur daran, denselben wegen einer so unbesonnenen und müssigen Verzögerung der Sache zu einer Verantwortung zu ziehen oder ihm deshalb eine doch wohl verdiente Ahndung aufzuerlegen.

4) Der größte Uebelstand bleibt indessen immer, wie schon oben bemerkt, die unermüdliche Vervielfältigung der Restitutionsgesuche, welche zuweilen bis in's Aschgraue geht, während doch alle billige Rücksicht mit der Duldung eines einzigen gewiß bereits erschöpft wäre. Die Gesetze bieten leider hiezu selbst die Hand und einen annehmbaren Vorwand dar, wie namentlich C. 3 si saep. in integ. restit. (2, 44): in una eademque causa iteratum in integrum restitutionis auxilium non jure, *nisi novae defensiones praetendantur*, posci, saepe rescriptum est. Von dieser Stelle ließ sich auch die bayer. GO. K. XVI. §. 1 Nr. 10 zu der Bestimmung verleiten, über die erste Restitution solle keine weitere in dem nämlichen Punkte, ohne daß sich Nova in obigem Maaße hervorthun, mehrmals gestattet werden. Wenn daher bei einem mißglückten Beweise in der Berufung ein erster, und mit dem Revisionsgesuche ein zweiter Restitutionszeuge incidenter Weise vorgeschlagen und vernommen sind, so steht nichts im Wege, gegen das nun rechtskräftige Endurtheil im Wege der Hauptrestitution noch einen dritten, mit der Berufung dagegen einen vierten, und in der Revisionsinstanz wieder einen fünften oder auf jeder dieser Stufen auch mehrere als neu aufgefunden vorzuschlagen, und nun erst diese ganze Reihenfolge noch ein-, zwei- oder mehreremale von vorne zu beginnen. Langmuth und Geduld sind ohne Zweifel die ersten

---

neuen Zeugen vor, der dabei zugegen gewesen sein sollte, dessen er sich also wohl gleich anfangs hätte erinnern müssen. Dieser Zeuge bestätiget wirklich, der Gläubiger sei schon in letzten Zügen gelegen, als er noch gesagt: „Es ist dir Alles geschenkt." Allein in den Akten steht bereits fest, daß der Gläubiger erst fünf Jahre nach jenem Besuche und über hundert Stunden von dem Orte desselben entfernt mit Tod abgegangen war. (RNr. 1222, 50/51.)

Eigenschaften eines Richters, wie er sein soll; aber wer kömmt über allem Dem nicht in Gefahr, sie beide sich ausgehen zu sehen? Mit welcher Beschämung kann man einem in das Geheimniß dieser Wirrnisse nicht Eingeweihten die Duldung solcher Mißbräuche erklärbar machen? Alles, was sich hierüber noch weiter anführen ließe, wird überboten von dem Eindrucke, welchen die unglaublichen Beispiele dieser Gattung von Rechtsfällen auf jede gesunde Beobachtung hervorbringen müssen, von denen im II. Anh. Nr. 10—12 nur einige wenige zur Erbauung aufgestellt sind.

5) Ganz derselbe Vorwurf einer nutzlosen Vervielfältigung trifft auch die Nullitätsquerelen; wir sehen manchmal eine lange Reihe derselben im nämlichen Prozesse hintereinander herziehen, nicht unähnlich einem Fluge wilder Gänse, deren jede folgende den Schnabel nach dem Schweife ihrer Vorgängerin richtet [7]). Die dreißigjährige Frist zur Anstellung der Nullitätsklage, um sie der erlöschenden Verjährung zu entziehen, wird bei dieser Gelegenheit sehr oft mißverstanden. Diese Frist soll nicht etwa, wie schon oben im V. Abschnitte (S. 290) bemerkt, ein Privilegium geben, vermöge dessen, so lange sie läuft, nichts im Stande wäre, jener Klage den Lebensfaden abzuschneiden, sondern sie bedeutet nur soviel, daß die vollständige Beruhigung bei einem nichtigen Urtheile nicht eher, als nach Ablauf von dreißig Jahren den Verlust des Angriffes auf dasselbe zur Folge haben soll. Ist dasselbe schon früher anerkannt, was gewiß am besten durch einen freiwilligen Vollzug desselben geschehen kann, so liegt hierin ein concludent ausgesprochener Verzicht auf jenen An- und Rückgriff; wer einen Nullitätsgrund geltend macht, gibt dadurch die etwa daneben noch möglichen auf. Allein die gerichtliche Praxis kehrt sich an diese Bedenken nicht; die dreißigjährige Nothfrist für die Anstellung der Nullitätsklage gilt derselben als ein durch nichts zu beengendes spatium deliberandi, weshalb sie ruhig zusieht, daß die Anwälte ihre Nullitätsbehelfe einzeln der Reihe nach hervorziehen, wie ihnen gut dünkt, und die übrigen einstweilen zurückbehalten, so daß aus jedem abgefallenen gleichsam der Keim eines neuen hervorsprosset [8]). Dabei sind die Nullitätsgründe

7) Man darf hier nur an die bekannten seit 40 Jahren in M. anhängigen Schuldenwesen erinnern, deren oben im Eingange (S. 379) Erwähnung geschah.

8) Ein Urtheil des Appell.-Hofes in Paris machte in dieser Beziehung die treffende Bemerkung: „Erw. daß man nicht nochmals einen anderen hinter den Adjudicationsbescheid zurückfallenden Nullitätsgrund gegen das fragliche Zwangsversteigerungsverfahren geltend machen kann, ohne die Rechtskraft zu verletzen,

oft mit Haaren herbeigezogen, wie z. B. noch immer der Verstoß gegen das jus in thesi als solcher benützt wird; ja es kam bereits vor, daß man aus einer Beschwerde gegen ein inappellables Urtheil einen Incompetenzfall zu machen suchte, weil der Richter nur dazu eingesetzt sei, um gerechte Urtheile zu fällen, zu einem ungerechten ihm also der amtliche Beruf fehle [9a]). Da wo eine Berufung offenbar unzulässig wäre, wird sie ganz regelmäßig in eine Nullitätsbeschwerde verkleidet, wie namentlich in Executionssachen, um sich nur einen Nothweg zu bauen, auf dem man bis zum obersten Gerichtshofe gelangen könne [9b]).

6) Mit den übrigen kleinen Rechtsmitteln von einer außerordentlichen Beschaffenheit, mit der langen Kette von Attentatenanzeigen, Remonstrationen und eventuellen Verwahrungen, Extrajudicial- und Perhorrescenzbeschwerden, Interventionen der Ehefrauen, wobei der Mann immer mit unter der Decke steckt, und wie die übrigen alle heißen mögen, hat es so ziemlich dieselbe Bewandtniß; auch sie sind meistens nur die durchsichtigen Vorwände für die widerspenstige Kunst, den Fortgang der Sache aufzuhalten, den Knäuel zu verwirren und aller Rechtskraft die Spitze abzubrechen. Das unwürdige Spiel, was straflos mit so ernsten Dingen getrieben wird, die Freiheit der Chikane, das Privilegium der Lüge und die zuchtlose Keckheit der hohlen Ausflüchte haben aus uns Richtern ein Geschlecht ewiger Sisyphiden gemacht, deren rastlose Arbeit den Eifer bis zur Gleichgültigkeit abstumpft, und das edlere Bewußtsein nur mit Unmuth und Entrüstung erfüllt. Wenn das Unrecht immer so viele Hilfsmittel der Abwehr in Bereitschaft findet, als dem Rechte zu Gebote stehen, um sich zur Geltung zu bringen, so muß der Erfolg nothwendig in eine vollständige Indifferenzirung zwischen beiden umschlagen, welche alle Rechtspflege illusorisch macht. Dieser Zustand ist genau derjenige, den wir in

---

weil die verschiedenen Nullitäten nicht neue Klaggründe bilden, sondern nur neue Behelfe zur Unterstützung derselben Klage, welche, wenn nur damals schon bekannt, zur nämlichen Zeit mit vorgeschützt werden mußten, wie diejenigen, worüber bereits abgeurtheilt ist." (Gaz. d. Trib. v. 16. Mai 1850.)

9a) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Appellationsgericht hatte verordnet, einige Zeugen wegen der Dunkelheit ihrer Aussagen nochmals genauer vernehmen zu lassen; der Gegner, der diesmal ein Fiskal war, erhob die Nullitätsquerel zum obersten Gerichtshofe, weil die Jurisdiction zur Zeugenabhör bereits erschöpft sei, und das Verfahren des Oberrichters nicht in eine Inquisition ausarten dürfe. (RNr. 1123, $^{56}/_{57}$.)

9b) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXIV. S. 192.

vielen deutschen Gerichten einheimisch und leider noch immer mit dem Lächeln der Gleichgültigkeit hingenommen finden.

Der französische Civilprozeß beruht, wie schon erwähnt, auf dem obersten Grundsatze, daß die Gerichtsbarkeit auf zwei Stufen des Verfolges in Ausübung kömmt, d. h. mit anderen Worten, daß allen Streitsachen in der Regel nur zwei Instanzen zu ihrer vollständigen Erledigung offen stehen, wo nicht die Unbedeutendheit des Gegenstandes oder die Dringlichkeit der Rechtshilfe einen besonderen Grund darbieten, sich nur mit einer zu begnügen. Das ordentliche Rechtsmittel, um den höheren Richter mit einer Sache zu befassen, ist, wie im deutschen Prozesse, das der Berufung, mittels welcher alle streitigen Fragen, in welche dieselbe nur immer verflochten sein kann, sie mögen in erster Instanz bereits angeregt und gewürdiget, oder in zweiter erst neu aufgetaucht sein, ohne Unterschied, ob sie den Sachverhalt oder den Rechtspunkt berühren, zur gründlichsten Erörterung kommen. Hier kann also nicht blos das Urtheil der ersten Instanz über das Faktum des Prozesses berichtiget, sondern auch ein ganz neuer Beweis erst geführt und gleich darauf gewürdiget werden, wie alles dieses im VI. Abschnitte vom Beweisinterlokute umständlich gezeigt wurde. Sind aber jene beiden Stufen der Gerichtsbarkeit einmal erstiegen und ist auf solche Weise die Aburtheilung, die sich auf denselben nach allen Richtungen hin verbreitete, erschöpft, so steht die Rechtskraft über dasjenige, was an einer Sache gewiß oder was es nicht ist, auch für immer fest und jeder weiteren Anfechtung überhoben; kein neuer Behelf, kein neu aufgefundener Zeuge, keine verschobene oder sonst erst hervorgekommene Urkunde findet als Vorwand einigen Eingang, um jenen unerbittlichen Abschluß nochmals zu erschüttern.

Es ist aus dem oben Gesagten schon hinlänglich bekannt, daß der französische Prozeß keinen wahren Beweistermin im Sinne des deutschen und keine präclusive Eigenschaft eines solchen kennt, daß, wenn man sich denn doch einen Beweistermin hinzudenken will, derselbe bis zum gänzlichen Beschlusse der Sache offen bleibt. In der ersten oder in der Berufungsinstanz, und zwar überall in dem schriftlichen Vorverfahren oder auch vor oder im Laufe der mündlichen Verhandlung selbst steht jeder Partei frei, einen Beweis anzutreten oder anzubieten, um Zulassung zu demselben und Erhebung ihrer Beweismittel zu bitten, ohne daß nur das Mindeste für sie versäumt wäre; es kann solches zu jeder Zeit gleich unbedingt oder

blos aushilfsweise geschehen, wenn das Gericht etwa eine weitere Aufklärung nöthig finden sollte. Beinahe auf jeder Stufe, über welche eine Sache in ihrem regelmäßigen Verlaufe fortschreitet, finden daher die Parteien eine ernstliche Aufforderung, in reifliche Erwägung zu ziehen und darüber mit sich einig zu werden, was sie noch beweisen können, was eines Beweises bedürfe und welche Beweismittel ihnen hiezu offen stehen. Die zweite Instanz öffnet von selbst ihre Flügelthüren, um all' dasjenige ohne irgend eine Entschuldigung nachzuholen, was sich im deutschen Prozesse an den Weg der Incidentrestitution unter dem zweideutigen Vorwande des neuen Auffindens gebunden sieht. In dem Augenblicke hingegen, wo das Gericht der zweiten oder überhaupt der letzten Instanz durch seinen Vorstand die Sache für geschlossen erklärt, sein Urtheil ausspricht oder auch nur dessen Verkündigung vertagt, mit diesem Worte ist der Beweistermin für jetzt und für immer abgelaufen; was bisher nicht zum Vorscheine kam, muß für alle Zukunft ausgeschlossen bleiben und die gesetzliche Folge des ewigen Stillschweigens annehmen. Nur einige wenige in den Gesetzen sehr beschränkte und in der Praxis seltene Fälle sind ausgenommen, in denen der Gebrauch eines außerordentlichen Rechtsmittels die Wirkung äußert, jenen verkündigten Abschluß der Sache wieder außer Kraft zu setzen.

Der französische Civilprozeß kennt nur zwei außerordentliche Rechtsmittel, welche äußerlich eine große Aehnlichkeit und nahe Verwandtschaft mit denen des deutschen, dem Restitutionsgesuche und der Nullitätsquerel zu haben scheinen, im Wesen der Sache aber weit von ihnen verschieden sind; es sind dieses die bittliche Gegenvorstellung und die Nichtigkeitsbeschwerde, — requête civile und recours en cassation genannt. Von der ersten handeln die Art. 480—504 der Prozeßordnung, der Cassationsrecurs dagegen findet sich in diese gar nicht mit aufgenommen, sondern ist vielmehr durch einen Cyclus besonderer Gesetze geregelt.

Die *Requête civile* ist gleich der deutschen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das nicht devolutive Rechtsmittel, vermöge dessen derselbe Richter, welcher ein Urtheil in letzter Instanz erlassen hat, wenn er binnen der nächsten drei Monate darum angegangen wird, dasselbe unter gewissen Voraussetzungen wieder zurücknehmen und abändern, ergänzen oder verbessern darf. Art. 480 ff. C. Pr. Dieselbe bildet ein außerordentliches Rechtsmittel und findet daher gegen ein Urtheil der ersten Instanz, welches noch der

Berufung unterliegt, nicht statt, weil alle Vorwürfe, welche die requête civile wider dasselbe eröffnen würden, hier weit einfacher im Appellationswege ausgeführt werden können. Von den Fällen, welche dahin gehören, betreffen nur einige die Voraussetzung, daß neue Behelfe geltend gemacht werden; die meisten haben blos formelle Nullitäten zum Gegenstande, welche auch derselbe Richter, wie im bayerischen Prozesse auf erhobene Nullitätsbeschwerde, wieder verbessern darf. Dahin gehören die Fälle, wenn wesentliche Förmlichkeiten im Urtheile selbst verletzt, ein Punkt des Streites in demselben mit Stillschweigen übergangen, oder über das Begehren einer Partei hinaus erkannt wurde, wenn verschiedene Punkte im nämlichen Urtheile oder auch in besonderen Urtheilen desselben Gerichtes mit sich in innerem Widerspruche stehen, wenn ein Minderjähriger nicht gehörig vertreten oder die Staatsbehörde in einem Falle, wo solches erforderlich war, nicht vernommen wurde. Dagegen bestehen die zugelassenen Fälle der Requête civile, welche mit der Entdeckung neuer Beweise zusammenhängen, darin 1) wenn sich später eine Arglist des Gegentheiles in der Führung des Prozesses hervorgethan; ... 9) wenn seit dem Urtheile die Urkunden, worauf dasselbe sich stützte, als falsch anerkannt oder gerichtlich hiefür erklärt wurden; 10) wenn nach dem Urtheile neue entscheidende Urkunden entdeckt wurden, welche der Gegentheil selbst, nicht also ein Dritter, der Kenntniß der Richter vorenthalten hatte. In diesen Fällen läuft die dreimonatliche Nothfrist von dem Tage der Entdeckung an, wenn diese durch Schriftstücke erwiesen werden kann. Art. 488 C. Pr. Eine Eigenheit besteht hiebei darin, daß in Strafsachen nur der meineidig befundene Zeuge, in Civilsachen dagegen blos die gefälschte Urkunde zur Wiederherstellung gegen die Rechtskraft des Urtheiles berechtigen sollen, vermuthlich deshalb, weil jedes dieser Beweismittel für das wechselweise betreffende Verfahren das ordentliche und gewöhnliche ist. Auch wird der Fall, daß Zeugen bestochen wurden, wohl kaum ohne eine Arglist des Gegentheiles vorzukommen vermögen. Mehrfällige Hemmnisse erschweren überdies den Gebrauch dieser außerordentlichen Rechtshilfe, so insbesondere ein Succumbenzgeld von 300 Fr.; auch steht dem Gerichte immer frei, wenn dasselbe bereits eingewendet ist, gleichwohl den ungehinderten Fortgang der Exekution zu verordnen. Art. 491 C. Pr.

Wäre unser außerordentliches Rechtsmittel der Restitutio in integrum auf diese Fälle beschränkt und wäre ihm überdies die

aufschiebende Wirkung in allen oder doch in den meisten Fällen entzogen, so würde es wohl ebenso unschädlich sein als die zugelassene Wiederaufnahme des Strafverfahrens, wofür bisher nur die seltensten von einem günstigen Erfolge gekrönten Fälle vorgekommen sind. Soll eine neue Urkunde denn doch noch Gehör finden, so ist es gewiß sehr angemessen, solches nur in dem Falle zuzulassen, wenn der Gegentheil sie böswillig unterdrückt und das Gericht selbst dadurch getäuscht hatte; denn die Rechtskraft als eine unwiderlegbare Rechtsvermuthung für die Richtigkeit eines Urtheiles darf doch wohl nur der Preis der bona fides sein.

Wie aber dann, kann man vielleicht hierauf erwiedern, wenn denn doch der beklagte Schuldner bei aller Mühe seine Quittung über die an den verstorbenen Gläubiger geleistete Zahlung zur rechten Zeit nicht auffinden konnte und sie erst später noch entdeckt, soll er dessen unerachtet verloren sein und nochmals an den Erben bezahlen oder das Geld, womit er seine zweite Zahlung leistete, für immer verlieren müssen? Höher liegende Interessen des Rechtsfriedens und der endgültigen Entscheidung aller Streitsachen, sowie des Schutzes für jene Beruhigung, welche die Rechtskraft gewähren muß, erfordern gebieterisch, das einzelne Recht in so seltenen Fällen der harmonischen Ordnung des Ganzen zum Opfer zu bringen. Man denke nur daran, wie die Sache alsdann stünde, wenn die erlöschende Verjährung mittlerweilen eingetreten, ehe ein Schuldschein aufgefunden wurde, oder die Fallfrist der Finanzgesetze abgelaufen wäre, ehe die Urkunde über eine Forderung an das Aerar zum Vorscheine kam? Auch hier kann der beste Anspruch aus Gründen des formellen Rechtes verloren gehen; der Beschluß einer Streitsache und die Rechtskraft des ergangenen Urtheiles sind nur in ähnlicher Weise aller Wirkungen einer unwiederbringlichen Erlöschung für theilhaftig erklärt. Oder wie ginge es dann, wenn die Quittung verbrannt oder mit dem Schiffe, worauf sie sich befand, in die Tiefe des Meeres versunken wäre? Auch dann wäre sie für immer verloren; warum sollte dasselbe nicht gleich gut angehen, wenn sie in der Tiefe einer prozessualen Vergangenheit verschwunden ist? Das Gesetz in seinem ewigen Gleichmuthe ruft dem Betheiligten, der wohl nie von aller Schuld hieran loszuzählen sein wird, in solchen Fällen mit dem bekannten Lehrsatze der Kirche zu: Ex inferis nulla redemtio.

Das zweite außerordentliche Rechtsmittel des französischen Civilprozesses ist der Cassationsrecurs oder die Nichtigkeitsbeschwerde,

mittels welcher jedes Endurtheil der letzten Instanz, ohne Unterschied zwischen Civil- und Strafsachen bei dem obersten Gerichtshofe angegriffen und von demselben vernichtet, d. i. wieder aufgehoben werden kann, wenn bei dessen Schöpfung eine Nichtigkeit unterlaufen ist. Zeigt sich dieser Fall wirklich gegeben, so beschränkt sich der Cassationshof darauf, das beschuldigte Urtheil wieder außer Wirkung zu setzen, d. h. zu cassiren; er setzt jedoch nie selbst einen anderen Ausspruch an die Stelle des aufgehobenen, sondern verweist die Sache vielmehr zur nochmaligen Aburtheilung an ein anderes Gericht derselben Klasse, von der dasjenige war, welches das cassirte Urtheil erlassen hatte. Mit der Erforschung des Faktums, soweit es nicht selbst von rechtlicher Beschaffenheit ist, befaßt sich der Cassationsrecurs nicht; der Gerichtshof legt vielmehr seiner Entscheidung jenen Hergang der Sache zu Grund, welchen das angefochtene Urtheil als thatsächlich ermittelt bereits festgestellt hat; mit der ausgesprochenen Vernichtung fällt aber diese darein einverwebte Grundlage von selbst wieder zusammen [10]). Das erschreckende Wort: „Vernichtung" will nicht mehr sagen, als eine Mißbilligung aussprechen, welche das Urtheil außer Geltung setzt, das ganze Gewebe in die einzelnen Fäden wieder auflöst, und daher nöthig macht, dasselbe nach einem verbesserten Plane von vorne zu beginnen und zu einer neuen Vollendung zu bringen. Die Cassation selbst ist dieser Bezeichnung nach ein Privilegium des obersten Gerichtshofes; kein anderes Obergericht darf cassiren, sondern nur Urtheile wieder aufheben oder annulliren. Der Cassations-Recurs gilt im Systeme des französischen Civilprozesses für keine Instanz, weil derselbe nicht auf einer Stufe der Gerichtsbarkeit steht, auf welcher das materielle Urtheil zur Erledigung der streitigen Sache gefällt werden könnte; dem Wesen nach bezielt derselbe aber dennoch eine höchste Revision des letzten Urtheiles in einer Sache, nur beschränkt auf den Punkt seiner Uebereinstimmung mit dem positiven Rechte, insoweit dasselbe in geschriebenen Gesetzen und der Abgränzung der Amtsbefugnisse aller Gerichte seine Quelle

10) Auch die englischen höchsten Gerichtshöfe, die Exchequer-chamber (nicht zu verwechseln mit Court of Exchequer, dem Schatzkammergerichte) in Civilsachen und die Court of Criminal Appeal in Strafsachen haben das mit dem Cassationshofe gemein, daß sie sich nur mit dem Rechtspunkte befassen, weshalb sie auch nicht ermächtiget sind, eine neue Jury einzuberufen. Best's engl. Beweisrecht, Anh. I. §§. 19 und 26. — Rüttimann a. a. O. §. 428.

findet. Im gewöhnlichen Sprachgebrauche geht es unbedenklich hin, von einer Cassationsinstanz zu sprechen.

Der Cassationsrecurs ist in Deutschland durch die neuere Strafrechtspflege bereits genauer bekannt geworden. Man wird nur noch begierig sein, zu erfahren, worin die eigentlichen Nichtigkeitsgründe in Civilsachen bestehen? Sie zerfallen, zwar nicht prinzipiell, wohl hingegen ihrer praktischen Bedeutsamkeit nach, in zwei Klassen, in den Hauptfall und die Nebenfälle. Die Cassationsmittel, welche zu dieser letzteren Klasse gehören, sind Verletzungen der wesentlichen Förmlichkeiten bei der Fällung eines Urtheiles der letzten Instanz [11a]), Ueberschreitung der Amtsgewalt eines Gerichtes, und darunter insbesondere seine Incompetenz, dann der Widerstreit zweier Erkenntnisse, welche von verschiedenen Gerichten erlassen wurden, Art. 504 C. Pr.; denn das Zuwiderlaufen zweier Urtheile desselben Gerichtes soll, wie oben gesehen, wieder nur die Requête civile eröffnen [11b]). Nur selten werden indessen vor dem Cassationshofe Behelfe aus dieser Klasse geltend gemacht. Den weit überwiegenden Hauptfall des Cassationsrecurses bildet vielmehr in Civilsachen das gerade Zuwiderlaufen einer Entscheidung gegen die Vorschrift eines Gesetzes, — contravention expresse au texte de la loi, wie der Art. 3 des Ges. v. 27. Nov. 1790 sagte, welches den Cassations-Recurs in seiner jetzigen Gestalt zuerst einführte, oder contravention expresse à la loi, wie der Art. 66 der Constitution vom J. VIII. jenen Urtext treffend milderte. Obwohl nun später ein Gutachten

11a) Die Frage, inwieferne wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten in einem Urtheile der letzten Instanz der Cassationsrecurs oder blos die Requête civile stattfinde, bildet bei dem Widerspruche der Gesetze hierüber eine ziemlich verwickelte Lehre. Die gemeine Meinung hat sich dahin fixirt: Ein Wahlrecht findet nicht statt; das ordentliche Rechtsmittel hiefür ist die Requête civile; der Cassationsrecurs findet ausnahmsweise nur dann statt, wenn eine solche wesentliche Förmlichkeit verletzt ist, deren Einhaltung der daran Betheiligte wirklich reclamirt hatte, oder wenn eine der Cardinalförmlichkeiten eines Urtheiles nicht beobachtet ist, welche der Art. 7 des k. Dekretes v. 20. April 1810 als Cassationsbehelfe fortbestehen ließ, d. i. Fehlen der Entscheidungsgründe, Umgehung der Oeffentlichkeit, Mangel an der vorschriftsmäßigen Anzahl der Richter, oder wenn die Urtheilenden nicht allen Sitzungen in dieser Sache beigewohnt haben. Boitard a. a. O. T. II. Nr. 770. Die blose Abwesenheit der Staatsbehörde dagegen eröffnet nur die Requête civile.

11b) Verstöße gegen eine ältere Rechtskraft werden indessen nicht selten wegen der damit begangenen Verletzung des Art. 1351 C. N., welcher von der Rechtskraft handelt, als Cass.-Behelfe zugelassen.

des Staatsrathes v. 31. Januar 1806 nochmals eine opposition formelle avec la disposition textuelle d'une loi als Erforderniß aufstellte, um gegen ein Urtheil den Cassationsrecurs zu eröffnen, so kehrte dennoch der Art. 7 der Gerichtsverfassung v. 20. April 1810 auf die einfachen Worte zurück: pour une contravention expresse à la loi [12]).

Die Nothfrist zur Einwendung dieses Rechtsmittels beträgt drei Monate; ein Suspensiveffekt kömmt demselben jedoch nicht zu. Das Verfahren hat in Civilsachen zwei Stufen zu durchwandern, eine vorläufige Prüfung ex ipsis narratis, vielmehr aus dem Inhalte des vorgelegten Urtheiles, aber nicht blos von der formellen Seite aus, sondern auch nach dem inneren Gehalte der aufgestell- Beschwerden, welche der sog. Requeten-Senat gleich nach der ersten Einreichung vornimmt, und alsdann erst, wenn hier der Recurs zugelassen und die Ladung des Gegners bewilliget ist, die Verhandlung und gründliche Prüfung der Hauptsache selbst durch den Civil-Senat des Cassationshofes, der aus ganz anderen Mitgliedern besteht, und für welchen die Zulassung durch den ersten keinerlei Präjudiz bildet. Jeder Recurs hat demnach, um durchzudringen, in Civilsachen eine doppelte Probe vor zwei Senaten durchzumachen, und er muß sie beide siegreich bestehen, wenn er nicht das Schicksal der Verwerfung befahren will.

Der Cassationsrecurs ist in neuerer Zeit in Deutschland zum Gegenstande einer scharfen Kritik und heftiger Angriffe geworden; nur ein Mißverständniß der ganzen Institution und ihres inneren Wesens konnte jener Stimme einen so bitteren Ausdruck verleihen [13]). Wenige Bemerkungen zu seiner Rechtfertigung werden hier eine Stelle finden dürfen, um der Beurtheilung eine freiere und weniger einseitige Richtung zu eröffnen. In einer Abhandlung über den

12) Eine Ordonnanz Ludwig des Heiligen, welche eigentlich den ersten Grund zum Cassationsrecurse durch die proposition d'erreur legte, hatte einfach in Bezug auf das Urtheil vorgeschrieben, de revoir, s'il était contre le droit; Ludwig XIV., welcher in der Hinweisung auf Recht oder Gesetz eine drohende Verläugnung seiner Machtvollkommenheit erblicken mochte, setzte in der Ordonnanz v. 1667 dafür: contre nos ordonnances et déclarations. Nach Boncenne, Introduct. Chap. XVII. beruht der eigentliche Ursprung des Cassations-Recurses in der Ordonnanz von Blois aus dem J. 1579, welche im Art. 208 vorschrieb: „Wir erklären die Bescheide, Urtheile und Erkenntnisse, welche gegen Form und Inhalt der von Uns und Unseren Vorfahren in der Regierung erlassenen Verordnungen ergehen, für nichtig und völlig unwirksam."

13) Vgl. A. Friedereich, der französische Cassationshof. Aschaffenburg 1852.

Sachverhalt wird der Cassationsrecurs von der negativen Seite her insoferne einen leichten Eingang finden, als derselbe über die Gründe, aus denen er sich blos mit der Anwendung des Rechtes, und selbst hier nur in einem verengten Umkreise befaßt, ein Herabsteigen in das bunte Gewirre des Faktums dagegen stolz zu verschmähen scheint, eine standhafte Rechenschaft zu geben schuldig und auch im Stande ist.

1) Das Rechtsmittel der Cassation, obwohl es seine nähere Entwicklung der französischen Rechtsgeschichte verdankt, beruht dennoch auf einer ganz rationellen Idee, welcher eine praktische Bedeutsamkeit inne wohnt und die jeder Kritik kühn die Stirne bieten kann[14]). Dasselbe ging aus der Einsicht eines Bedürfnisses hervor, für den Rechtspunkt der Urtheilsschöpfung in seinen prinzipiellen Elementen eine Stufe der Prüfung mehr, als für die übrigen Fragen des Prozesses aufzurichten und eine Superrevision der Entscheidung, insoweit sie sich um jenen gesetzlichen Angelpunkt bewegte, oberhalb derjenigen auf die Bahn zu bringen, welcher schon die Berufung für die Masse aller Beschwerden den gemeinschaftlichen Weg eröffnete. Dieser oberste Ausfluß der Gerichtsbarkeit ist dazu bestimmt, die Einheit und Uebereinstimmung der Rechtsprechung für das ganze Gebiet zu wahren, über welches sich die Herrschaft eines Gesetzes ausbreitet. In dem Vortrage, welcher in der französischen Nationalversammlung den 1. Dez. 1790 über die Errichtung des Cassationshofes erstattet wurde, ist das Wesen und die Bestimmung desselben dahin bezeichnet: „Der Cassationshof ist bestimmt, die monarchische Einheit des Staates zu erhalten, alle politischen Parteien desselben mit einem Bande zu umschlingen, die Einheit der Gesetzgebung aufrecht zu erhalten und das Auseinanderlaufen der Rechtsprechung zu verhüten. Er ist der höchste Wächter des Gesetzes, der Bewahrer des Eigenthumes, der Mittelpunkt für alle richterliche Gewalt, ein Band der Appellationshöfe unter sich und die letzte Zuflucht der Unschuld.“ (Dalloz, Jurisprud. du XIX. Siécle, Art. *Cassation.*)

2) Die Tüchtigkeit der Rechtspflege eines Landes hängt wesentlich von zwei Bedingnissen ab, die darin bestehen, daß weise Gesetze gegeben und daß dieselben auch in ihrem wahren Sinne überall gleichförmig aufgefaßt und kräftig gehandhabt werden. Dieser letz=

14) Eine sehr schöne Geschichte des franz. Cassationsrecurses gab der Gen.=Prokurator de Royer in einer Rede vom 3. Nov. 1854 bei Gelegenheit des Wiederzusammentrittes des Cass.=Hofes. Gaz. d. Trib. v. 4–6. Nov. 1854.

tere Punkt ist gewiß von gleicher Wichtigkeit mit dem ersteren. Jene erste Bedingniß in Erfüllung zu bringen, ist die Sache der gesetzgebenden Gewalt, der letzteren dagegen die nöthige Gewährschaft zu sichern, die Aufgabe der Gerichtsbarkeit und zunächst der Gerichtsverfassung des Landes. Wenn es sich hervorthut, daß ein Gesetz falsch ausgelegt, in einem Falle, worauf es unmittelbar berechnet war, verfehlt oder gar außer Beobachtung gelassen wurde, so findet sich eine ganze Klasse von Rechten und späteren Fällen mit der ernsten Folge bedroht, in eine falsche Bahn einzulaufen. Es fällt gewiß auf den ersten Blick in die Augen, daß eine Beschuldigung dieser Art einen Casus major bilde, einen eminenten Vorsprung aus der Zahl der möglichen Beschwerden wider einen richterlichen Ausspruch nehme und daß daher auch ein höher liegendes Interesse der gesetzlichen Ordnung erheische, für die Hebung derselben eine außerordentliche Gerichtsbarkeit zu schaffen und mit den nöthigen Einrichtungen auszurüsten, welche die Erstrebung jenes Zieles verbürgen. Ein oberster Gerichtshof, in dessen Händen alle Fäden der Gesetzesanwendung zusammenlaufen, ein hoher Rath oder eine Art Areopag von Rechtsgelehrten der besten Einsicht und der bewährtesten Erfahrung scheint diesem Gedanken von selbst als das einfachste Mittel entgegenzukommen, um jene überwachende Nachhilfe zu verbürgen und damit dem ganzen Gebäude der Gerichtsverfassung einen nicht minder würdigen als dauerhaften Schlußstein aufzusetzen. In der französischen Gerichtssprache, welche hier der richtigen Auffassung genau entspricht, ist der Cassationshof eine Cour regulatrice, weil derselbe in der Rechtspflege den Dienst des Regulators einer Maschine und namentlich des Penduls einer Uhr versieht, der darin besteht, das ganze Getriebe und die Thätigkeit aller mitwirkenden Kräfte in einem geordneten und gleichmäßigen Gange zu erhalten [15]).

---

15) Der Gen.-Prokurator de Royer äußerte sich in der oben angeführten Rede v. 3. Nov. 1854 vor dem Cassationshofe unter Andern auch dahin: „Sehen wir nicht alle Tage die Entscheidungsgründe zu den Erkenntnissen des Cassationshofes gewissermaaßen am Rande der Gesetze den besten und sichersten Commentar derselben beischreiben? Die Regeln, welche dieselben aufstellen, das Licht, welches sie verbreiten, beschränken sich keineswegs auf die Gerichtsbeamten, welche berufen sind, die Gesetze anzuwenden; sie gehen förmlich in die Sitten und Gewohnheiten des Landes über, sie erheben sich bis auf den Höhepunkt einer allgemeinen Harmonie aller öffentlichen Interessen..... Es ist selbst bereits vorgekommen, daß fremde Nationen ihre frühere Jurisprudenz verließen, um die Gesetzgebung ihres Landes mit der Auslegung in Einklang zu bringen, welche

3) Die Idee einer privilegirten Beschwerde, für welche eine Instanz oder Stufe der Erledigung mehr eröffnet ist, als für alle übrigen, ist gar nicht neu oder überraschend in unserem Rechtsgange; was wären auch die Mängel der Citation oder Jurisdiktion, welche die spezifischen Nichtigkeitsgründe der bayer. GO. sind, anderes, als Einwürfe gegen ein Urtheil aus einer bevorzugten Klasse, denen ein besonderes Gewicht beigelegt ist? Die Nichtigkeitsbeschwerde wegen geraden Verstoßes gegen ein Gesetz, — contra jus in thesi, wie es die deutsche Rechtssprache bezeichnet, hat ihre Quelle ganz unzweifelhaft in dem römischen Rechte, aus welchem sie auch der deutsche Prozeß in sich aufgenommen hatte, bis der jüngste Reichsabschied wegen des großen Mißbrauches, der damit getrieben wurde, diesen Nichtigkeitsgrund abgeschnitten und auf die Bahn der ordentlichen Rechtsmittel verwiesen hat. Man darf hierüber nur einen Blick auf fr. 19 de appell. (49, 1) und fr. 1 §. 2 quae sent. sine appell. (49, 8) werfen, wo es heißt: item, cum contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis (jus in thesi), non de jure litigatoris (jus in hypothesi) pronuntietur. Desgleichen C. 2 Quando provoc. non est necesse (7, 64): Sententiam . . . contra tam manifesti juris formam datam, nullas habere vires, palam est, et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Der römische Kaiser übte in solchen Fällen durch seine Rescripte das Recht der Vernichtung selbst aus. Der ganz löbliche Zweck des jüngsten Reichsabschiedes findet sich aber im französischen Prozesse vollständig dadurch erreicht, daß die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen das Endurtheil stattfindet und daß derselben eine kurze Nothfrist von drei Monaten vorgesteckt ist, wozu noch kömmt, daß ihr schon an sich nur zwei Instanzen vorhergehen. Aus der Natur eines außerordentlichen Rechtsmittels folgt übrigens noch, daß alle ordentlichen Wege der Abhilfe vorher erschöpft sein müssen. Eine Beschwerde gegen das Urtheil der ersten Instanz, welche nicht bereits im Berufungswege verfolgt war, gilt deshalb für aufgegeben, und kann als Cass.-Behelf per saltum nicht zum Erstenmale geltend gemacht werden.

4) Der Cassationsrecurs befaßt den höchsten Gerichtshof nur

---

der Cassationshof lange bestrittenen Punkten des Wortlautes der Gesetze oder auch der Doktrin gegeben hatte." Gaz. d. Trib. v. 6. Nov. 1854.

mit einer Prüfung des Rechtspunktes in dem Urtheile, und selbst hier nur in dem verengten Umkreise, insoweit sich derselbe auf die Auslegung und die unmittelbare Anwendung eines geschriebenen Gesetzes stützt. Ausgenommen sind daher von den Fällen seiner Eröffnung — ouverture de cassation — die rechtlichen Würdigungen, welche blos in einem mittelbaren und abgeleiteten Bezuge auf Gesetze, andere Rechtsgründe oder das natürliche Recht beruhen und darin ihre Erledigung schöpfen, ohne durch ein Gesetz vorgesehen zu sein, — ausgenommen sind die Verstöße gegen eine Analogie oder ein Herkommen, welches nicht selbst wieder durch ein positives Gesetz als Richtschnur vorgezeichnet ist, — ausgenommen ist das Zuwiderlaufen gegen frühere Präjudizien und den Gerichtsgebrauch, das Verlassen einer gleichförmigen Ansicht der Doktrin, das Hinwegsetzen über Handelsgebräuche und blose Verträge, ja selbst die Verletzung eines ausländischen Gesetzes, dessen unverletzte Bewahrung offenbar außer dem Berufe des Gerichtshofes liegt, es sei denn seine Beobachtung durch ein inländisches Gesetz vorgeschrieben. Auf gleiche Weise ist der Cassationsrecurs ausgeschlossen für alle Punkte, welche der billigmäßigen Amtsgewalt, dem pouvoir discrétionnaire der Gerichte überlassen sind, wohin insbesondere alle nicht durch ausdrückliche Gesetze geregelten Zwischenbescheide und prozeßleitenden Verfügungen gehören. Der gerichtliche Sprachgebrauch nennt einen Ausspruch, der sich gegen eines jener secundären Normative verfehlt, ganz einfach ein unrichtiges Urtheil — mal-jugé, — und setzt ihn der bestimmten Verletzung des Gesetzes — contravention expresse à la loi — entgegen. Dabei drückt er sich über das erstere gewöhnlich dahin aus, daß es der Prüfung und Berichtigung des Cassationshofes entrückt sei, — un mal-jugé, qui échappe à la censure de la cour de C. Der Grund einer solchen Unterscheidung muß von selbst einleuchten, wenn man nur ein Rechtssystem in's Auge faßt, wie solches den französischen Gesetzbüchern zu Grunde liegt, bei dem die Gesetze sich damit begnügen, die Hauptgrundsätze des Rechtes durch positive Bestimmungen festzustellen, alles Uebrige dagegen der Anwendung in der wirklichen Praxis überlassen; es ist alsdann für sich klar und wurde bereits oben bemerkt, daß der Verstoß gegen einen solchen ausdrücklich aufgestellten Grundsatz eine Beschwerde höherer Ordnung bildet, für welche um der Gefahr willen, die hievon dem ganzen Rechtsgebäude droht, auch eine besondere und höher gestellte Art der Abwendung Noth thut. Der englische Rechtsgelehrte Bentham will alle Rechts-

quellen eines Landes in leges substantivae und adjectivae eingetheilt sehen, worunter derselbe wohl nur die Aufstellung der herrschenden Grundsätze und die Anhänge zu deren Erläuterung verstehen kann. Bonnier, traité de preuves Nr. 3. Im Sinne dieser Unterscheidung würde der Cassationsrecurs eine eigenthümliche Schutzwehre für die Beobachtung der leges substantivae bilden. Wenn es dem deutschen Richter, wie man sich leicht denken kann, schwer fallen muß, sich in diese Unterscheidung zwischen den einzelnen Rechtsquellen hinein zu finden, von denen bei uns die besondere der allgemeinen, das Ortsrecht dem Particular- und dieses dem Provinzialrechte immer vorgeht, so ist darauf nur zu bemerken, daß bei dem wohlgeordneten und einheitlichen Zustande der Gesetzgebung eines Landes jene Gränzlinie weit leichter zu ziehen ist, als für irgend einen deutschen Staat die durcheinander laufende Menge von Gewohnheits- und Statutarrechten, Landes- und Provinzialgesetzen, römischen, canonischen und deutschen Rechtsquellen möglich machte und erwarten ließe. Was aber insbesondere jenen Fall des geraden Zuwiderlaufens gegen die Vorschrift eines Gesetzes betrifft, welcher den Cassationsrecurs gegen ein Endurtheil der letzten Instanz immer und in den meisten der vorkommenden Fälle eröffnet, so steht es völlig außer Zweifel, daß nicht ein Verstoß gegen den Wortlaut oder die grammatikalische Auslegung eines Gesetzes hiezu erfordert werde, sondern daß jeder Fehlgriff, der in seiner logischen Interpretation unterläuft, hiezu schon genüge. Man kann nicht zehn, nicht drei Erkenntnisse des Cassationshofes in Civilsachen lesen, ohne daraus abzunehmen, daß derselbe sich schon dann mit einer Rechtsfrage für befaßt erachtet, wenn diese in einer Weise beantwortet ist, welche dem wahren Sinne und Geiste des Gesetzes nur in seiner unmittelbaren Einwirkung auf den entschiedenen Fall zuwider läuft. Ganz in diesem Sinne bemerkt auch Tarbé in seiner klassischen Schrift über den Cassationshof S. 52 ausdrücklich, so sehr er sich bemüht, das mal-jugé zu erläutern, jede falsche Auslegung eines Gesetzes sei nothwendiger Weise von selbst eine Verletzung desselben. Man kann sicher sein, wäre der Cassationsrecurs wegen Verletzung eines Gesetzes auf solche Fälle beschränkt, in denen der klare Wortlaut desselben unbeachtet blieb, wie z. B. in dem Falle, wenn nach deutschem gemeinen Rechte ein Urtheil das angefochtene Testament, was von drei oder fünf, statt von sieben Zeugen unterzeichnet ist, als

gültig aufrecht erhalten wollte, so würden die beiden Kammern des Cassationshofes für Civilsachen mehr Muße als Arbeit und ihr Dienst mit einer Sinecur bald eine ziemliche Verwandtschaft haben.

Unter solchen Umständen ist die Bemerkung gewiß nicht glücklich zu nennen, als sei der Cassationsrecurs ein Ueberbleibsel der alten Hofgerichtsbarkeit der französischen Könige, blos um deswillen, weil derselbe vor der Revolution im k. geheimen Rathe seine Erledigung fand, und ebensowenig die weitere, daß derselbe eine Geringschätzung des individuellen Parteirechtes verrathe, welches doch auf andere Art als durch die Verletzung eines Gesetzes gleich empfindlich gequetscht sein könne. Am allerwenigsten wird man sich aber mit der Andeutung befreunden können, daß derselbe nur darauf berechnet scheine, das Ansehen der Gesetze gegen Verachtung sicher zu stellen, gleichsam mit geschmeidigen Höflingen zu umgeben, und einigen Widerschein der lex majestatis auf jene fallen zu lassen [16]). Die Aufrechthaltung der Gesetze eines Landes, die Sicherung ihres treuen Vollzuges, die Pflege des wahren Geistes, der in ihnen wohnt, und die Bewahrung der geraden Richtung, worauf dieselben hinsteuern, sind vielmehr von hohem Interesse für alle Klassen seiner Bewohner; die Bethätigung eines solchen Strebens gehört zu den rühmlichsten Aufgaben, welche sich die Ordnung der staatlichen Einrichtungen nur immer vorstecken kann. Bei dem Hinwirken auf jenes Ziel kann davon, als folge die Regierung dem einseitigen Impulse, ihre Herrschaftsrechte zu wahren, nicht wohl ernsthaft die Rede sein.

5) Der Cassationsrecurs befaßt sich nicht mit dem Faktum, sondern nimmt dasselbe vielmehr in jener Gestaltung an und auf, und legt diese vertrauensvoll seiner Entscheidung zu Grunde, wie die Richter der letzten Instanz dasselbe in ihrem angegriffenen Urtheile festgestellt haben. Der Grund hievon und die beste Weise, diese Erscheinung zu erklären, beruht darin, daß das Faktum des Prozesses, die materiellen Vorgänge und Umstände, welche zu einer Gesetzanwendung den Anlaß gaben, durch die Erschöpfung des ordentlichen Instanzenzuges bereits rechtskräftig abgeurtheilt sind, und daß diejenigen Gründe, welche anempfehlen, für die Verletzung des Gesetzes eine nochmalige Revision durch ein in dem Mittelpunkte stehendes Organ auf der höchsten Stufe der Gerichtsbarkeit vorzubehalten, auf den Sachverhalt und seine möglichen Wellenlinien

16) Friedereich a. a. O. S. 18–21, 34, 38, 49, 67.

noch weit weniger Anwendung finden, als auf die übrigen Rechtsquellen von untergeordneter Bedeutung, welche außer den positiven und geschriebenen Gesetzen auf die ergangene Entscheidung einigen Einfluß ausübten. Die Frage nach den Gründen dieser Eigenthümlichkeit darf nicht in der Art gestellt werden, warum das Faktum mit seinen Schwankungen von der Competenz des Cassationshofes ausgeschlossen sei, sondern sie muß vielmehr auf den Standpunkt hinauf rücken, ob zwei Instanzen für die Würdigung und Feststellung der Thatsachen des Falles genügen; von dieser Seite aufgefaßt, muß aber dieselbe offenbar bejaht werden. Dem Faktum hat das Gesetz mit zwei Stufen seiner Prüfung alle Gründlichkeit gesichert, worauf dasselbe nur immer Anspruch machen kann; bei den schwersten Verbrechen besteht nur eine Instanz, ebenso in zahlreichen Fällen des Civilprozesses, bei denen erst in zweiter Instanz ein Beweis zugelassen, geführt und auf die neuen Erhebungen sogleich erkannt wird, ohne daß dieselben zur ersten Instanz zurückzuwandern brauchen. Die gründliche Beleuchtung des Faktums bei der mündlichen Verhandlung der Sache, die Freiheit der Auffassung, die Reife der Prüfung, die Leichtigkeit der Hebung aller Zweifel und noch andere Gründe verbürgen mit voller Sicherheit, daß der Sachverhalt von den französischen Gerichten in den zwei, und nach Umständen selbst in der einzigen Instanz weit genauer ermittelt werde und der Wahrheit an der Sache näher trete, als die drei Instanzen im deutschen Prozesse mit ihren unvermeidlichen Nothbehelfen von Erfüllungs- und Reinigungseiden nur immer zu erstreben vermögen. Auch im deutschen Prozesse beschränkt der privilegirte Gerichtsstand, der doch gewiß nicht für eine Ungunst des beklagten Theiles gelten kann, in den wichtigsten Sachen das Faktum und die ganze Erledigung derselben auf zwei Instanzen; wer hat aber je bemerkt, daß die Sicherheit seiner Ergründung dadurch gefährdet sei oder nur in einem Falle darunter gelitten hätte? Gleich von vorne herein muß einleuchten, daß sich das Bedürfniß einer höheren Revision der Urtheile in ihren thatsächlichen Bestandtheilen in demselben Grade herabstimme, in welchem die Feststellung desselben eine kunstlose Schöpfung des natürlichen Verstandes und das Werk einer gemeinen Erfahrung des Lebens ist. Aller Instanzenzug ist schon nach dem Grundbaue einer Gerichtsverfassung weit mehr auf den Rechtspunkt der Entscheidung berechnet, den zu lösen die wahre Aufgabe des rechtsgelehrten Richters mit Hilfe wissenschaftlicher Grundsätze und der ihm inne wohnenden Gesetzeskunde bildet; die freie Ueber-

zeugung über vorgefallene Thatumstände hingegen, welche die ungebundene Thätigkeit eines gesunden Verstandes und eines reinen Gewissens zu Tage fördert, vermag der Natur der Sache nach keine höhere Instanz über sich anzuerkennen [17]).

Allein jener ganzen Beschränkung auf die vorletzte Stufe der Gerichtsbarkeit ist nur das gemeine Faktum der materiellen Ordnung unterworfen; sobald dagegen ein juristisches Faktum in Frage steht, oder ein solches, dem ein Rechtsbegriff mit einverwebt ist, trägt der Cassationshof nicht das geringste Bedenken, sich mit der Prüfung seiner Richtigkeit für befaßt zu halten; ebenso in jenen Fällen, wo die Ermittlung des Faktums durch ein bestimmtes Gesetz gebunden oder auf eine feste Bahn hin verwiesen ist. Deshalb wird unbedenklich ein Urtheil vernichtet, welches einen Vertrag durch Zeugen oder Vermuthungen für erwiesen erklärte, in Fällen, für welche nur der Urkundenbeweis allein zulässig ist. Zur Competenz des Cassationshofes gehört ferner die rechtliche Qualification aller Rechtsgeschäfte, Rechtstitel und schriftlichen Urkunden, die Frage, ob ein Schriftstück zu den öffentlichen oder Privaturkunden gehöre, ob dasselbe einen Vertrag oder eine letztwillige Verfügung, ein gemeines oder ein Handelsgeschäft enthalte, ob es Wechsel oder einfache Schuldverschreibung sei, ferner die Bestimmung der Natur aller Verträge, soweit die Anhaltspunkte hiefür aus ihrem Inhalte selbst hervorgehen, ob etwas Kauf oder Miethe, Mandat oder Gesellschaft sei; ja sogar, ob eine vergeltliche Zuwendung oder eine Handlung der Freigebigkeit darin zu erblicken, ob eine Partei noch ein Interesse an der Ergreifung eines Rechtsmittels habe oder nicht, — Alles der Sache nach faktische Grundlagen für das Urtheil, die nur das Besondere haben, daß sie im Wege der rechtlichen Abstraktion als Folgen aus schriftlichen Beurkundungen selbst gezogen sind. In gleicher Weise bildet es einen zulässigen Grund zur Eröffnung des Cassationsrecurses, wenn das Widerspiel dessen, was ein Gericht seiner Entscheidung im Sachverhalte zu Grund gelegt hat, aus einer bei den Akten befindlichen öffentlichen Urkunde erhellet, weil

17) Darum ist es auch lächerlich, von einem verstärkten Schwurgerichte von 24 Geschwornen als zweite Instanz zu träumen; würde eine gründliche Erfahrung bewähren, daß der Wahrspruch von 12 Geschwornen nicht die volle Rechtssicherheit gewähre, so würde daraus nur die Nothwendigkeit folgen, das Schwurgericht der ersten und einzigen Instanz um das Zweifache seiner Kopfzahl zu vermehren. Wo der präsumtive Ausschuß der ganzen Volksversammlung einmal geurtheilt hat, muß sein Ausspruch ebenso feststehen, wie ein gegebenes Gesetz.

hiedurch das ihr vom Gesetze verliehene Ansehen verkannt und verläugnet würde, sowie überhaupt so oft eine Urkunde in ihrer Beziehung zu dem Gesetze selbst unrichtig gewürdiget ist [18]). In dem Eifer, seine Competenz zu wahren, ging der Cassationshof bereits so weit, daß er in wenigen Fällen, wo ein Gerichtshof über einen Thatumstand absichtlich eine irrige Entscheidung gegeben zu haben schien, um der Einwirkung eines Gesetzes auszuweichen, den Cassationsrecurs gegen den Antrag seines General-Prokurators zuließ, nachdem er ihn in einem ähnlichen Falle vorher verworfen hatte. (Vgl. Sirey, 9—1,329; 11—1,49; 49—1,487) [19]).

Bei dieser Lage der Sache wird wieder der Vorwurf wenig Anklang zu finden vermögen, der Cassationsrecurs verrathe eine Mißachtung der Rechte der Individuen und eine rechtsunbekümmerte Vernachlässigung des Faktums, weil er dasselbe vor seinem Richterstuhle nicht zu einer neuen Erörterung und Prüfung kommen lasse [20]). Auch wurde noch nirgends ein Bedenken darüber laut, die Nullitätsquerel des bayerischen Prozesses lasse sich eine Geringschätzung des Strebens nach Ergründung der Wahrheit und des Rechtes zu Schulden kommen, weil sie sich strenge in die Erfordernisse ihres defectus jurisdictionis vel citationis verschließt [21]).

---

18) Vgl. über alle diese Fälle die Table tricennale v. Sirey und de Villeneuve, Art. *Cassation*. Vgl. überdies noch oben S. 36 u. 37 Note 3b und 3c.

19) In Sachen, welche die Verkürzung von Staatsgefällen betreffen, wie Stempel- und Einregistrirungsgebühren u. dgl. hat der Cassationshof durch besondere Gesetze noch viel weiter gehende Befugnisse eingeräumt erhalten, auf die Feststellung der Thatsachen einzugehen.

20) Friedereich a. a. O. S. 65.

21) Ueber die Unterscheidung zwischen That- und Rechtsfrage im englischen Civilprozesse macht Rüttimann in seinem oft angeführten Werke über den englischen Civilprozeß §§. 392 und 393 folgende Bemerkung: „Der Theorie nach hat die Jury ihren Spruch auf die Thatsachen, welche sie nach ihrem eigenen freien Ermessen für wahr hält, und auf die Rechtsregeln, welche ihr von dem Richter angewiesen werden, zu gründen. In der Thatfrage ist die Jury an die Belehrung des Richters nicht gebunden, wohl aber im Punkte der Rechtsfragen. Die Auslegung besiegelter Urkunden, gerichtlicher Protokolle u. dgl. gilt als Beantwortung einer Rechtsfrage. Allein einerseits ist es oft schwer zu sagen, ob eine Frage rein faktischer, oder ob sie juristischer Natur sei; namentlich erfordert die Anwendung der Begriffe: „„zu rechter Zeit, mit gehörigem Fleiße, auf zureichenden Grund hin““ u. dgl. eine Beurtheilung der gegebenen concreten Verhältnisse, die aber von dem Gerichte wegen Verstoß gegen einen Rechtssatz wieder an sich gezogen werden kann. Andererseits braucht die Jury ihren Ausspruch weder zu motiviren, noch in seine Elemente zu zerlegen, so daß

6) Der Cassationshof hält sich in seinen Entscheidungen mit der strengsten Gewissenhaftigkeit an die Auslegung des bestehenden und positiven Rechtes und erhebt sich nie auf das Gebiet der authentischen Interpretation, wie ein Gesetz besser gegeben sein oder mehr nach seinem Geschmacke lauten möchte, oder wie dasselbe vielleicht seinen Zweck sicherer erreichen würde. Findet derselbe in dem angefochtenen Urtheile ein Gesetz wirklich verletzt, so hebt er jenes mit Einschluß der dadurch nutzlos gewordenen Bestandtheile, welche sich um den Sachverhalt drehen, auf, spricht den wahren Rechtssatz, wie er seiner Meinung nach zur Anwendung hätte kommen sollen, nur in den Gründen aus und verweißt im übrigen die Hauptsache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an dieselbe Instanz, nur an ein anderes Gericht der gleichen Ordnung zurück. Für dieses zweite Gericht ist nun die Ansicht des Cassationshofes anleitend, aber nicht maaßgebend; auch wird dieselbe hier bei weitem in den meisten Fällen ohne Anstand angenommen. Beharrt indessen dasselbe ausnahmsweise auf der cassirten Ansicht des früheren Gerichtes, so legt es gleichsam einen Einspruch, eine Opposition gegen den Ausspruch des Cassationshofes selbst ein; auf einen erneuerten Recurs wird die Frage sodann von dem Plenum des obersten Gerichtshofes — chambres réunies — entschieden, dessen Ausspruch nunmehr, er mag ausfallen, wie er will, für den dritten Gerichtshof zur verpflichtenden Regel wird. Diese nothgedrungene Weise, um aus der Ungewißheit heraus und zu einer endlichen Rechtskraft zu gelangen, ist erst durch ein Gesetz vom 1. April 1837 vorgezeichnet und findet sich in den Art. 251 u. 252 des bayer. Strafprozeßgesetzes von 1848 wieder gegeben[22]). Die Gründe, aus

---

man nicht weiß, auf welche Auffassung der Thatsachen und auf welche Rechtsregeln sie ihr Verdikt gründe. Demnach ist jene theoretisch richtige Gränzlinie zwischen dem Gebiete der Jury und des Gerichtes praktisch unbrauchbar geworden."

22) Die obenbemerkte Rede des Gen.-Prokurators de Royer theilt über die Ergebnisse des Gesetzes v. 1837 folgende statistische Notizen mit: Von 7372 Erkenntnissen, welche der Civil- und der Criminalsenat des Cass.-Hofes (also ohne die zahlreichen Entscheidungen der Requetenkammer) vom 1. April 1837 bis 31. Aug. 1854, also in 17½ Jahren erließen, waren 196 vor das Plenum des Gerichtshofes gebracht worden. Hievon wurden 41 Recurse verworfen, 5 ohne, und 150 mit Verweisung an ein anderes Gericht cassirt. — Mit einem Worte zu sagen bezielt der Cassationsrecurs die Einholung eines Responsum von Seite eines höchsten Spruchcollegiums über eine streitige Rechtsfrage, welches im ersten Falle anleitend, im zweiten, wenn in Pleno ertheilt, maaßgebend für das ordentliche Gericht wird, das mit der Hauptsache befaßt ist.

welchen der Cassationshof in Fällen, wo er cassirt, nur die Auslegung des betreffenden Gesetzes berichtiget, den wahren Rechtssatz, der darauf einschlägt, zu vernehmen gibt, aber seine Anwendung von sich hinweg und an ein anderes Gericht hinüber verweist, sind sehr einfacher Natur. Er ahmt darin das Beispiel der römischen Kaiser nach, welche ihre Rescripte gleichfalls immer bedingt erließen und den Gerichten nur als Richtschnur zur Entscheidung des vorgetragenen Falles vorzeichneten [23]). Wir finden hierüber im Codex die häufig wiederkehrenden Fassungen: Si doceas, ut affirmas,.... vindicationem impetrare potes, oder: Si fundum vestrum... non recte is, contra quem preces funditis, comparavit, tam fundum vestrum, quam fructus... aditus Praeses provinciae restitui jubebit (C. 17 de rei vind.), — oder in Fällen der Abweisung: frustra desideras oder contra juris formam postulas. Ein solches Verfahren entspricht genau der schon oben angedeuteten Idee einer hohen Akademie für die Aufrechthaltung der Gesetze und die Einheit der Rechtsprechung in einem Lande. Der Cassationshof ertheilt seinen Rechtspruch beiläufig ebenso, wie die Geschwornen ihren Wahrspruch; beide sind nicht das Urtheil selbst, sondern nur eine Grundlage desselben; beide Arten der Gerichtsbarkeit sind außerordentlicher Natur und nur auf einzelne Punkte beschränkt [24]). Der Cassationshof überliefert gewissermaaßen dem neuen Gerichte einen genau und richtig zugemeiselten Baustein zum Einfügen in das ganze Gewölbe des neuen Urtheiles; wollte er sich selbst als Revisionsgericht hiemit befassen, so müßte er das ganze weitläufige Material jedes einzelnen Falles und seines Sachverhaltes mit vor sein Forum ziehen, was ihn bald seinem wahren Berufe wieder entfremden würde. Ein hiebei nicht zu übersehendes Hinderniß besteht überdies darin, daß die Urtheilsschöpfung ihre Hauptquelle nicht in Akten, sondern in der umständlichen und mündlichen Verhandlung der Sache vor dem versammelten Gerichte zu finden hat, welche aber nicht gegenwärtig ist, nicht mehr reproducirt und nach ausgesprochener Vernichtung auch nicht ohne besondere Schwierigkeiten beigeschafft werden kann. Ein solches Heraufziehen würde den gan-

23) Auch das Plenum des obersten Gerichtshofes in München entscheidet die an dasselbe erwachsenen Rechtsfragen nur hypothetisch, überläßt aber die Anwendung hievon auf den veranlassenden Fall dem einschlägigen Senate.

24) Die Assisenhöfe gelten wohl in Frankreich für die ordentlichen Strafgerichte, was aber nicht hindert, die Verrichtung der Geschwornen dabei für eine außerordentliche zu erklären.

zen technischen Apparat von Ladungen und Redewechsel, den Inhalt von Urkunden, Zeugenaussagen und Gutachten der Sachverständigen, eine Masse von Vor- und Zwischenbescheiden erforderlich machen oder der Erwägung unterbreiten und hiemit für den obersten Gerichtshof gewiß den zehnfachen Aufwand an Zeit und Kräften, Personen und Mühsalen sowie an anderen Mitteln der Bewältigung hervorrufen. Die schöne Idee, nur die Einheit der Rechtsprechung zu bewahren, ginge dabei gänzlich verloren; auch würde es dann immer wieder an einer Revisionsinstanz fehlen, um zu prüfen, ob die Einfügung jenes winkelrecht zugehauenen Steines oder fixirten Grundsatzes in das neue Urtheil auch nach den Regeln der Wissenschaft geschehen und nicht ein anderes Gesetz dabei verletzt sei. Das Bedürfniß dieser Einrichtung findet sich gewissermaaßen schon in C. 18 de rei vind. (3, 32) von ferne angedeutet: Re tua apud alium manente, proprietatis error nihil tibi nocere potuit, *nisi alia contra te causa intervenerit.* Jeder Vorschub einer solchen alia causa würde die Natur einer wahren Revision für den Cassationshof völlig aufheben. Noch besser schimmert die Verwandtschaft mit einem cassatorischen Urtheile in der Combination von Faktum und Rechtregel aus C. 1 de praescript. 30 vel 40 ann. (7, 39) hervor, wo der Kaiser Diocletian einem Beschwerdeführer rescribirte: Sin autem...., Judex examinatis allegationibus tuis, *quod rei qualitas dictaverit,* sequetur, *non ignarus*, si injustam emtionem perspexerit, pretium.... malae fidei emptoribus restitui non oportere. Was geschieht auch anderes bei den Nullitätsquerelen des bayer. Prozesses, als daß das neu zu fällende Urtheil an den nämlichen Richter zurückverwiesen wird? Daß der vernichtende Ausspruch des Cassationshofes für das neue Gericht, an welches die Sache verwiesen wird, nicht maaßgebend, sondern nur anleitend sei, ist eine Huldigung, welche der Unabhängigkeit der Gerichte dargebracht wird, die aber am Ende zuletzt denn doch ihre Gränze haben muß; diese Einsicht führte nach mehreren Versuchen des zwischenfälligen Rechtes zu dem Gesetze von 1837 hin. Wenn nun der höchste Gerichtshof eines Landes eine Rechtsfrage, welche ihm auf dem ordentlichen Wege unterbreitet war, in seiner Weisheit entschieden hat, so wird gewiß jeder einsichtsvolle Richter seine noch nicht unerschütterlich feststehende Ansicht jenem Ausspruche gerne unterordnen und die Bedenken, die etwa über seinem Gewissen noch in der Schwebe hängen, nach jener Seite hin fallen zu lassen sich beeifern, welche ihm sein Oberrichter in der Hierarchie der Gerichts-

verfassung als die unrichtige bezeichnet hat[25]). Nichts kann von einem solchen Rechtszustande entfernter liegen, als die Idee einer servilen Zumuthung, die eigene Ueberzeugung einem fremden Einflusse preis zu geben, nichts einer solchen Erwartung schroffer und unbilliger gegenüberstehen als der Einfall, den Vorwurf der Charakterlosigkeit wider diejenigen zu schleudern, welche sich bescheiden dem Geiste der Gesetze unterwerfen[26]). Ehre den Richtern, welche den eitlen Starrsinn bei aller Festigkeit ihrer Grundsätze nicht bis auf den Punkt treiben, jede herabsteigende Anregung von Seite derjenigen, welche das Gesetz dazu berufen hat, von ihrer Einsicht zurückzuweisen. Auch ist es eine ganz irrige Vorstellung, der man die Färbung als Hyperbel auf den ersten Blick ansieht, als sei der franz. Cassationshof seit dem Gesetze von 1837, welches den Beschlüssen des Plenums zuletzt eine wahre Rechtskraft beilegte, in seinem Wesen ausgeartet oder überlebt, gleichsam eingegangen und kein wahres Gericht mehr, sondern zu einer Succursale, zu einer Art Hilfscomite der gesetzgebenden Gewalt selbst herabgesunken[27]). In jedem Falle ließe sich dasselbe von den deutschen obersten Gerichtshöfen sagen, welche Plenarbeschlüsse erlassen und doch nicht minder, wie der Cassationshof, mit pflichtmäßigem Eifer dahin streben, sich in ihren Entscheidungen strenge an den Wortlaut und den Geist der bestehenden Gesetze zu halten und nie darüber hinauszugehen.

7) Alle übrigen Besonderheiten, welche sich bei dem Cassationsrecurse noch mit einfinden und der Beobachtung einigermaaßen auffallen, wie namentlich der Gang des Verfahrens, die vorläufige Prüfung durch die Requetenkammer mit ihrer nicht mehr abzuwendenden Abweisung a limine judicii, die Freiheit der Civilkammer, die Zulassung, welche ein Recurs auf jener ersten Stufe

---

25) Zwei Erkenntnisse des Appellationsgerichtes in Agen v. 28. April und 10. Juni 1824 drücken diese lobenswürdige Richtung der franz. Rechtsprechung sehr treffend aus. (Sirey, 24 — 2,358.) Es heißt in dem ersten:... „Erw. daß bei der Unsicherheit der Gesetzgebung über diesen Gegenstand es am angemessensten erscheint, dem Systeme zu folgen, welches der Cassationshof in seinem Erkenntnisse vom.... aufgestellt hat," — dann in dem zweiten: „Erw. daß bei der schwankenden Lage, in welche man sich durch das Zuwiderlaufen dieser verschiedenen Erkenntnisse versetzt sieht, der beste Ausweg darin besteht, sich an die Lehre zu halten, welche der Cassationshof durch seine Sprüche vom... als die wahre besiegelt hat."

26) Friedereich a. a. O. S. 30, 60, 64.

27) Derselbe, S. 28, 30, 51, 54, 71.

fand, durch seine Verwerfung wieder zu entkräftigen, die Versagung des Suspensiveffektes, das Succumbenzgeld von 150 Fr. und die Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes, — all' diese Zufälligkeiten einer näheren Entwicklung jenes Rechtsmittels betreffen blos Nebenpunkte, welche an dem Werthe der ganzen Institution nichts zu ändern, ihren praktischen Vorzügen nichts zu benehmen vermögen. Nur ein einziger Punkt in Bezug auf das Verfahren verdient hier noch eine besondere Erwähnung. Die Verhandlung vor dem französischen Cassationshofe ist eine wesentlich summarische, nach ihrem Endzwecke, nach dem Gesetze, wie nach der wirklichen Praxis; der Art. 37 des Reglements v. 15. Januar 1826, in Uebereinstimmung mit dem älteren, welches noch heute in der bayer. Pfalz gilt, erlaubt dem Präsidenten ausdrücklich, den Anwälten, welche vor dem Gerichtshofe das Wort ergreifen, aufzugeben, sie hätten sich blos auf Bemerkungen zu beschränken; in allen Fällen steht dem Gerichtshofe zu, das Maaß der Aufklärungen zu bestimmen, die er noch zu seiner Entscheidung nöthig hat. Hiedurch allein wird es möglich und auch erklärbar, daß der Cassationshof in der Regel oder doch häufig 15 — 20 Criminalfälle, und meistens vier bis sechs Civilsachen in einer Sitzung erledige. Der Vortrag über die Förmlichkeiten beschränkt sich blos auf Punkte, bei denen wirklich ein Anstand vorwaltet oder angeregt ist; alle übrigen der Reihe nach zu mustern und besonders auszuheben, wird mit Recht für überflüßig gehalten und ist auch ganz zwecklos.

Die bisherigen Andeutungen werden wohl genügen, um ihr Ergebniß in dem Satze zusammenfassen zu können:

„Der Cassationsrecurs als ein außerordentliches Rechtsmittel, „um vorzugsweise ein Endurtheil über eine Civilsache in dem „Rechtspunkte, soweit derselbe unmittelbar in geschriebenen Gesetzen „beruht, einer nochmaligen Revision zu unterwerfen, im Falle der „wahrgenommenen Verletzung eines Gesetzes aber das erstere aufzuheben und den Rechtssatz zu berichtigen, in dessen Anwendung „sich die neue Entscheidung finden muß, ist eine Institution des französischen Rechtes und gerichtlichen Verfahrens, welche in der Natur „der Sache, einer vernünftigen Betrachtung des Prozeßganges und „anderen legislativen Beweggründen eine tiefe Wurzel schlägt, die „heilsamsten Früchte trägt und eben deshalb sich der Empfehlung „zur Nachbildung würdig zeigt, wie sie diese letztere auch im Strafverfahren bereits gefunden hat."

Neunter Abschnitt.

Die einzelnen Beweismittel. Der Beweis durch Urkunden.

Wenn die vorliegende Abhandlung nunmehr auf die einzelnen Beweismittel übergeht, um die Stellung, welche sie im Prozesse einnehmen, gleichwie die Verrichtung, womit sie betraut sind und in das ganze Verfahren eingreifen, näher in's Auge zu fassen, so kann die Absicht hiebei unmöglich dahin gehen, einen förmlichen Cursus des französischen Beweisverfahrens zu geben, und dessen Regeln zum Gebrauche für eine praktische Anwendung auseinander zu setzen. Sie muß sich statt dessen überall auf den weit engeren Gesichtskreis beschränken, dem deutschen Beobachter, dem bisher die Sache so ziemlich fremd lag, durch einige flüchtige Umrisse eine allgemeine Vorstellung von dem Gange des Ganzen beizubringen, und insbesondere dessen Aufmerksamkeit auf solche Punkte hinzuleiten, auf welchen die beiderseitigen Prozesse dies- und jenseits des Rheines von einander abweichen. Es wird zu diesem Ende wohl genügen, nur die Hauptbestimmungen aus den Titeln der franz. Prozeßordnung, welche hierauf einschlagen, auszuheben, und den regelmäßigen Verlauf, welchen hienach die Erhebung der einzelnen Beweismittel nimmt, mit kurzen Zügen anzudeuten. Die Schwierigkeiten, welche das Verfahren zuweilen verwickeln und durchkreuzen, die zahlreichen Controversen, welche die Jurisprudenz daran angeknüpft hat, und die oft sehr bestrittene Frage, welche Förmlichkeiten bei Vermeidung der Nichtigkeit zu beobachten seien und welche nicht, werden für den vorgesteckten Zweck füglich bei Seite bleiben können. Insbesondere wird man dabei über zweierlei Punkte, die oft zu sehr subtilen Unterscheidungen führen, beinahe völlig unbeachtet hinweggehen dürfen, über die Abweichungen des Verfahrens nämlich, je nachdem die Gegenpartei einen Anwalt bestellt hat oder nicht, welches letztere für eine Abwesenheit aus dem Gerichte gilt, und dann über den auf mehrfältigen Punkten möglichen Einspruch, ähnlich der Remonstration des deutschen Prozesses, um Versäumnisse desjenigen, der bei einer Verfügung nicht gehört wurde, wenn er gleich richtig geladen war, durch eine verstattete Nachholung wieder unschädlich zu machen. Dieselbe Bemerkung gilt auch für mehrere Fristen des Beweisverfahrens in dem Punkte, ob dieselben von Rechtswegen präclusiv oder einer Verlängerung fähig seien, ob sie daher, so lange noch res integra ist, eine Ergänzung des Verabsäumten vertragen. Das Bestreben wird sich vielmehr überall nur darauf richten, denjenigen,

der einmal in den üblichen Formen des deutschen Prozesses so fest befangen ist, daß er sich nur mit Mühe von den entsprechenden Gesichtspunkten wieder los machen oder darüber erheben kann, das Verständniß der französischen Prozeßordnung gleichwie der Lehrbücher, welche den Prozeß erläutern, wesentlich zu erleichtern und dadurch besser zugänglich zu machen. Man wird dabei wohl kaum vergessen haben, daß die dem französischen Civilrechte angehörigen Regeln über die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel bereits oben im II. Abschnitte (S. 35 ff.) vorkamen. Nach dem Vorgange der früheren Abschnitte wird auch hier wieder eine kurze Kritik der betreffenden Lehren des deutschen Prozesses und seiner Gebrechen an der Spitze den paßlichen Ein- und Uebergang bilden.

Die Erhebung der Beweise im deutschen Prozesse, vor Allem die Führung des Urkunden- und des Zeugenbeweises finden sich in unselige Weitläufigkeiten verstrickt und an Formen ohne allen praktischen Werth gefesselt. Nur hieraus wird erklärbar, wie ein Beweisverfahren in einer ganz einfachen Sache selten unter ein bis zwei, in einer wichtigeren drei, vier, sechs und noch mehr, ja zuweilen sogar zehn bis zwanzig Jahre zu seinem Ablaufe in Anspruch nehmen und ausfüllen kann.

1) Was vor Allem die Wahl der Beweismittel betrifft, so ist dieselbe zwar in der Regel dem Beweisführer völlig frei gegeben, wo nicht etwa, wie nach preuß. LR., der Urkundenbeweis über vertragsmäßige Verbindlichkeiten sich als ein Erforderniß einstellt. Allein dessen unerachtet sollte Jedermann verpflichtet bleiben, nach dem Grundsatze probatio fit judici, dem Richter die besten Beweise vorzulegen, die ihm zu Gebote stehen, wozu ihm schon sein Interesse einen natürlichen Antrieb verleihen muß [1]). Hieraus würde sich dann die weitere Folge ergeben, daß auch diejenigen Beweismittel den meisten Glauben finden, welche nach der Beschaffenheit eines jeden einzelnen Falles die nächstgelegenen und natürlichsten sind, sowie, daß das Fehlen dieser Beweise gegen denjenigen, der sie beibringen sollte, von selbst ein gerechtes Mißtrauen in den guten Grund seiner Sache erwecken muß. Allein die feste Beweistheorie läßt der Freiheit des Glaubens an die einzelnen Beweismittel nur einen sehr engen Spielraum übrig, und die Praxis erlaubt sich nicht, Jemand einen Vorwurf daraus zu machen, daß er nicht bessere Beweise in Händen hat, sie hält vielmehr die unbe-

1) Best's engl. Beweisrecht §. 76. Vgl. oben S. 77 Note 7.

dingte Freiheit im Gebrauche der Beweismittel aufrecht, so daß derjenige, der eine Urkunde besitzt, sie zurückhalten und statt dessen Zeugen führen, oder seinem Gegner den Eid zuschieben darf, was er zuweilen deshalb thut, weil die Urkunde über einen wichtigen Punkt ein für dessen Annahme sehr ungünstiges Stillschweigen beobachtet [2]). Bei der weiten Verbreitung der Kunde von Lesen und Schreiben und der großen Leichtigkeit, sich dieses gangbaren Mittels einer festen Bekundung zu bedienen, ist gewiß nichts natürlicher, als von zwei Personen, die einen Vertrag mit einander abschließen, auch an Orten, wo die schriftliche Errichtung nicht als wesentlich vorgeschrieben ist, zu erwarten, daß sie eine Punktation darüber aufsetzen und unterschreiben; das Fehlen einer solchen muß daher in hohem Grade die Vermuthung erwecken, daß Alles auf dem Standpunkte bloser Traktaten geblieben. In der Praxis findet dieses Argument den Aussagen verdächtiger und in ihrer Auffassung selbst einseitiger Zeugen gegenüber entweder gar keinen oder nur sehr geringen Anklang. Nach Analogie des Grundsatzes clarius loqui debuisset, kann man heute wohl mit Grund einem Jeden, der aus einer mündlichen Abrede Rechte von nur einiger Bedeutung herleiten will, zurufen: in scripturam redigi debuisset. Wer eine Zahlung leistet, und das ganz natürliche Mittel verabsäumt, sich eine Quittung geben zu lassen, was doch selbst unter Geschwistern, unter Eltern und Kindern üblich ist, der gibt dadurch zu erkennen, daß er sich der Redlichkeit des Empfängers anvertraute; im Zweifel hierüber sollte daher auch weit eher der Reinigungseid des letzteren oder seiner Erben, als der Erfüllungseid des Klägers den Ausschlag geben. Der gewöhnlichen Praxis ist dieses Argument zu luftig; sie hält sich an die Regel, welche einmal denjenigen zum Erfüllungseid zuläßt, der einen halben Beweis, d. i. einen Zeugen für sich hat. Zeugen und Eide erlangen auf solche Weise eine das natürliche Mißtrauen, was sie umgibt, weit überspringende Wichtigkeit für den Erfolg eines Beweises. Aber selbst an Orten, wo die schriftliche Errichtung in der Regel zu einem gültigen Vertrage über

---

2) Schützt ein Beklagter die Einrede vor, der Kläger habe ihm durch einen Brief vom ... das Offert gemacht, ihm gewisse Waaren um einen festen Preis zu liefern, dieses Versprechen aber nicht gehalten, was ist wohl natürlicher, als den Brief sogleich abzuverlangen und einsehen zu wollen? Aber nein, dem Beklagten wird der Beweis jenes Umstandes auferlegt, während doch die erste Einsicht des Briefes das klare Widerspiel des ihm angedichteten Inhaltes bewährt hätte. (RNr. 586, 54/55.)

eine gewisse Summe erforderlich ist, wie z. B. nach preuß. LR. behaupten jene Beweismittel der zweiten Ordnung ein ihnen doch nicht gebührendes Ansehen dadurch, daß man, wenn der Vertrag zufällig fehlt, den Beweis durch alle übrigen Beweismittel zuläßt, daß ein Vertrag dieses oder jenes Inhaltes wirklich errichtet worden sei, mag er auch hingekommen sein, wohin er will[3a]). Ein Gesetz, welches die Errichtung schriftlicher Verträge zu ihrer Gültigkeit erfordert, will dadurch von selbst, daß der Beweis auch nur durch diese Urkunden geführt werden könne; denn das Mißtrauen in den Zeugenbeweis wird immer der vorzüglichste Beweggrund für eine so weise Vorschrift sein. Auch hat sowohl das preuß. LR. I. 5, §. 169, als auch die bayer. GO. K. XI. §. 12 den Beweis des Inhaltes einer vermißten Urkunde nur insoferne erleichtert, als erwiesen oder doch sehr wahrscheinlich gemacht ist, daß der Besitzer solche nicht aus eigenem Verschulden oder **Vorsatz**, sondern durch unversehenen Zufall verloren habe. Denn, was wohl zu bedenken, die Zurückgabe oder Vernichtung einer Urkunde ist auch ein ganz gewöhnliches Mittel, die Tilgung oder den Erlaß einer Verbindlichkeit zu constatiren, um welches also der Gegner des früheren Besitzers kömmt, wenn dieser, obwohl außer Stand, sie vorzulegen, nur beweisen darf, daß eine Schrift jenes Inhaltes je errichtet worden sei oder bestanden habe. Wenn es angeht, über den Abschluß und Inhalt schriftlicher Verträge Zeugen zu führen und Eide zuzuschieben, ohne daß der zufällige Verlust der Urkunde vorher erwiesen oder nur glaubwürdig gemacht ist, so verliert die wohlthätige Vorschrift eines Gesetzes, welches schriftliche Verträge erheischt, wieder allen Werth, die ratio legis findet sich vereitelt, und das Erforderniß

3a) **Ein Beispiel** zur Erläuterung. Bei der Theilung zwischen zwei Gesellschaftern, welche eine Erbschaft zur gemeinsamen Zertrümmerung gerichtlich an sich gekauft hatten, wurde streitig, ob der Eine mit der Hälfte oder, wie der Andere behauptete, blos mit einem Viertel an dem Gewinne Theil zu nehmen habe. Der gerichtliche Kaufvertrag schwieg hierüber; ein am folgenden Tage angeblich niedergeschriebener, aber wieder verschwundener Vertrag sollte jenes ungleiche Verhältniß festgesetzt haben. Da die Sache unter dem preuß. LR. stund, so wurde dem Beklagten der Einredebeweis auferlegt, daß in einem zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossenen schriftlichen Vertrage de dato... festgesetzt worden sei, daß Kläger bei dem erwähnten Kaufvertrage nur mit 25% betheiliget sein solle. Hierüber wurde nun der Beweis durch Zeugen und Eideszuschiebung geführt, und in beiden Vorinstanzen auf den Haupteid über die Negative des Beweisthema's erkannt, wogegen die dritte den Beweis durch die Aussage dreier Unterhändler für hergestellt annahm. (RNr. 926, 53/54.)

der Schrift sinkt zu einem blosen Symbol herab, wie der Mantelgriff bei den jüdischen Eheversprechen[3b]).

2) Was nun insbesondere den Beweis durch Urkunden anbelangt, so ist die Grundeintheilung derselben in öffentliche und Privaturkunden hinlänglich bekannt; die ersten beweisen gegen Jedermann, die letzteren nur wider den Aussteller, niemals aber für denselben, die Handelsbücher etwa ausgenommen. GO. K. XI. §. 3 Nr. 1. Beide sollen überdies zu ihrer Beweiskraft der Anerkennung, oder die ersteren wenigstens der Einsicht durch den Gegner bedürfen, wider den sie als Beweismittel vorgeschlagen sind. Durch diese Vorschrift, daß die Privaturkunde nur wider den Schriftsteller beweise, ist eine zahlreiche und wichtige Klasse von Schriftstücken von der direkten Beweiskraft ausgeschlossen, alle Schriften nämlich, welche weder von einer Behörde, noch von den Theilen selbst, sondern von dritten Personen herrühren, für jene mithin res inter alios actae sind, gleichwohl aber über den Gegenstand des Streites sehr wichtige und unverwerfliche Aufschlüsse ertheilen, wie namentlich Briefe, Privatzeugnisse, approbirte oder sonst unverdächtige Rechnungen mit ihren Belegen, öffentliche Bekanntmachungen, Druckschriften und ähnliche Beweisstücke. Die Bestimmung der bayer. GO. K. XI. §. 7 Nr. 1, daß man sich über mitgetheilte Privaturkunden auch dann erklären müsse, wenn das Dokument auf einen anderen lautet, hat deren Ansehen um wenig erhöht, ihr Gebrauch ist nicht regularisirt, nicht in die Scala der Beweistheorie eingetheilt, sie sind gleichsam ihrem eigenen Schicksale überlassen. Die gemeine Meinung läßt sie daher nur als sog. Adminicula oder unterstützende Nebenbehelfe gelten, d. h. als Vermuthungsgründe, wodurch sie die ganze Ungunst des Beweises durch Vermuthungen theilen, mit der Folge, daß eine ganze oder halbe Probe durch ein Stück allein nicht soll aufgebracht werden können[4]). Die Lehre vom sicheren Datum der Privaturkunden dritter Personen geht in dieser Geringschätzung gleichfalls verloren[5]). Die Regel, daß eine eigene Schrift für den

---

3b) Vgl. unten Note 19 und 36.

4) Hat Jemand gewisse Auslagen zu beweisen, so gibt es gewiß kein einfacheres und natürlicheres Mittel, als die Rechnungen und beigefügten Quittungen der dritten Empfänger. Allein die strengen Anhänger des juristischen Beweises erklären diese als die Schrift eines Dritten für beweisunkräftige Urkunden, denen höchstens das Gewicht eines unbeschwornen Privatzeugnisses, d. i. gar keines inne wohne.

5) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII. S. 161 ff.

Schreiber nichts beweise, führt in ihrer Allgemeinheit zu Mißverständnissen, welche den Nutzen schriftlicher Aufzeichnungen oft unbillig einschränken[6]). Der Besitz oder Nichtbesitz einer Urkunde, der Uebergang von einer Hand in die andere, der Beisatz einer Bemerkung auf einem Dokumente, das sich in dritten Händen befindet, die Gewißheit der Zeit dieses Beisatzes sind alles Umstände, welche der eigenen Schrift eine große moralische Beweiskraft für den Schreibenden beilegen können. Wenn Jemand ein Darlehen beweisen soll, und seinen Kalender vorlegen wollte, in den er am 1. Januar eingeschrieben: Heute habe ich meinem Freunde N. 100 fl. zu 5% auf vier Wochen geliehen, so bewiese er damit natürlich gar nichts und hier wäre der Satz: scriptura propria pro scribente nihil probat, ganz am rechten Orte. Wenn aber der Schuldner seinem Haftscheine später eine ihm günstige Nachschrift, z. B. über die Verminderung des Zinsfußes beisetzte, und der Gläubiger solches geschehen ließ, das Dokument mit diesem Zusatze angenommen hat, was kann wohl eine bessere Gutheißung bekunden, als diese Annahme, und warum sollte unter solchen Umständen eine Schrift in dritten Händen nicht zu Gunsten des Schreibenden selbst vollen Beweis machen können?

Noch zwei Beispiele aus wirklich vorgekommenen Fällen mögen bewähren, wie wenig der Urkundenbeweis, rationell aufgefaßt, die starre Einzwängung in die Regel vertrage, daß eine Privatschrift nur wider den Aussteller beweise. Wenn Jemand zu beweisen hat, daß die Rothschilder Loose Mitte Januar 1820 in Augsburg einen gewissen Curs hatten, so gibt es hiefür wohl kein besseres Beweismittel, als das Blatt der Allgem. Zeitung vom folgenden Tage,

---

6) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Müller hatte einem Bäcker Jahre lang das Mehl zum Betriebe seines Gewerbes geliefert; am Ende geriethen beide über die Abrechnung in Streitigkeiten. Der Müller klagte daher den Rest seines Guthabens ein, der Bäcker widersprach solchen, jener erhielt darüber den Beweis auferlegt. Hiebei zeigte sich, daß der Müller eine genaue Aufschreibung über seine Lieferungen und Geldempfänge geführt hatte, der Bäcker aber keine. Nichts schien also natürlicher, als den Müller zum Lohne seiner Ordnungsliebe und Genauigkeit, da gegen seine Redlichkeit gar kein Bedenken vorlag, zum Erfüllungseide zuzulassen. Allein die beiden höheren Instanzen trugen statt dessen dem Bäcker den Reinigungseid auf, weil jene Klagsbeilage keine Urkunde, sondern nur eine eigene Aufschreibung des Klägers sei, der gar kein Glauben zukomme, der Quantitätseid aber der bayer. GO. fremd sei, und der Erfüllungseid in Fällen, wo nicht die sonstigen Erfordernisse dazu gegeben seien, auch über das Quantum einer Forderung nicht gerechtfertiget erscheine. (RNr. 263, 49/50.)

worin jener Curs abgedruckt ist, und etwa den lithographirten Curszettel der Augsburger Börse; die ganze Handelswelt gibt sich einem solchen Beweise gefangen. Nicht ebenso ein Gremium von Juristen, die gleich mit der Behauptung bei der Hand sind, drucken könne man ja Alles lassen. Wenn aber zwei Wechselsensale, die sich selbst hierüber erst in der Allgem. Zeitung Raths erholen, jenen Curs eidlich bestätigen, so wird dieser Umstand zu einer unumstößlichen Wahrheit, ihr Eid ist gleichsam der juristische Credenzteller, auf welchem ein solches Faktum erst der formalen Wahrheit dargereicht und von ihr als genießbar an- und in sich aufgenommen wird [7]). Ueber den Bezug einer ständigen Reichniß von Grundholden eine lange Reihe von Jahren über gibt es wohl kein besseres Beweismittel als die übereinstimmende Verrechnung in einer Kette von Gutsrechnungen. Der Verwalter, früher meistens zugleich ein Patrimonialrichter, ist eine vom Gutsherrn abgesonderte Person und ein Beamter; sein nächstgelegenes Interesse bringt mit sich, daß er nichts in Einnahme setze, was er nicht wirklich eingenommen; auch ließ sich zu jener Zeit das Interesse an ihrem Gebrauche für den jetzigen Rechtsstreit nicht von ferne vorhersehen. Der lange Fortlauf in gleichlautenden Einträgen läßt vollends nicht den geringsten Zweifel an der Sache übrig; alle Gründe für die Quasipublizität solcher Dokumente sprechen also gewiß hier ebenso laut, wie diejenigen, worauf die Beweiskraft der Stiftregister und Handelsbücher beruht. Dessen unerachtet erklärt die gemeine Meinung die Gutsrechnungen für eine scriptura propria, welche für den Gutsherrn nichts beweise, höchstens nur als ein adminiculum passire. Nur der mittlerweilen aus dem Dienste getretene Rentenverwalter und sein Schreiber würden, als Zeugen verhört, vollen Beweis machen. Erst in neuerer Zeit wußte sich die entgegengesetzte Ansicht, welche den Rechnungen vollen Glauben schenkt, zumal wenn sie mit anderen Behelfen genau übereinstimmen, Geltung zu verschaffen [8]).

3) Neben den Restitutionsgesuchen, wovon im vorigen Abschnitte die Rede war, sind auch die eingeflochtenen Editionsgesuche für ein Beweisverfahren über den reellen Bedarf aufhaltsam; es ist nicht ohne Beispiel, daß deren neun bis zehn von beiden

---

7) So vorgekommen RNr. 1666, 46/47.

8) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII. S. 87; Bd. XX. S. 380; Bd. XXI. S. 87; auch RNr. 319, 54/55.

Seiten nebeneinander hergehen oder aufeinander folgen[9]). Können sie doch nicht ganz vermieden werden, warum sind sie nicht in Kraft der Eventualmaxime an eine gelegenheitliche Verfolgung im ersten Verfahren gebunden, wo jede Partei bereits mit vieler Sicherheit voraussehen kann, welche Urkunden sie in den Fall kommen werde, zu ihrem Beweise zu brauchen? In der Regel sollte ohnedies jede Partei ihre Beweismittel schon in der Hand haben, und nicht erst von ihrem Gegner herausgegeben verlangen; in dieser Absicht verordnet C. 8 de ed. (2, 1): Non oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari. Noch klarer ist hierüber C. 7 de test. (4, 20):... unde intelligitis, quod intentionis vestrae proprias afferre debetis probationes, *non adversus se ab adversario adduci.* Das Eigenthum oder Miteigenthum einer Urkunde, oder die arglistige Herauslockung derselben bilden eine natürliche Ausnahme von jener Regel. Soll aber, wie die bayer. GO. will, der Kläger alle seine Urkunden an den Beklagten herausgeben, so läßt sich nicht absehen, warum gegen die Regel, daß die Rechte der Theile gleich sind, dasselbe nicht auch zu Gunsten des Klägers zu gelten habe. Wenn ein Kläger mit Hilfe jedes zugeschobenen Haupteides nach Belieben in dem Gewissen seines Gegners herumwühlen darf, warum sollte er nicht auch von ihm verlangen können, in seinem Beisein seine Brieftasche oder seinen Schreibepult auszuschütten? Die Editionspflicht könnte sehr zweckmäßig beschränkt werden auf Urkunden, denen eine öffentliche oder ihr nachgebildete Glaubwürdigkeit zukömmt, wie Handelsbücher, Saal- und Lager-

9) Vgl. RNr. 432, 56/57. In einem anderen Falle erwirkten sich die Beklagten vor ihrer Antwort mit vieler Mühe von ihrem klagenden Gutsherrn die Herausgabe eines wichtigen Vergleiches, auf dessen Grunde sie am Ende wirklich von der Klage entbunden wurden. Als sie aber die Abschrift davon nun mit ihrer Vernehmlassung vorlegten, und darauf die exceptio rei transactae stützten, erkannte der Kläger den nämlichen von ihm edirten amtlichen Vergleich vor der Originalproduktion nicht an, so daß seinen Gegnern erst Beweis über jene Einrede auferlegt wurde. Als sie diesen führen wollten, erhoben sie ein neues Editionsgesuch, um das Original des Vergleiches mit den dazu gehörigen Verhandlungen dem Kläger im Produktionstermine auch vor Augen legen zu können. Diesem wurde indessen unter Hinweisung auf die bereits feststehende Editionspflicht keine weitere Folge gegeben. Im Produktionstermine vom 3. Okt. 1856 edirte sodann der Kläger auf der zweiten Seite des Protokolles das Original des Vergleiches nochmals, auf der dritten Seite producirten die Beklagten dasselbe dem Kläger, auf der vierten erkannte es der Kläger als ächt an, auf der fünften nahm er es wieder zu sich, um es nach Hause zurückzubringen. (RNr. 527, 57/58.)

bücher, Gutsrechnungen u. dgl. m., die gleich vom Anfange an bestimmt waren, das streitige Recht für alle Zukunft zu beurkunden, die also gleichsam monumentaler Natur sind, ferner auf solche Urkunden, welche zwischen den Theilen über das streitige Rechtsverhältniß gemeinschaftlich errichtet wurden, wie ein Kaufvertrag, den der eine Theil zu sich genommen, oder eine ausgestellte Quittung; Briefe und geheime Notizen könnten billig davon ausgenommen bleiben. Ein großer Mißbrauch wird auch mit Editionsgesuchen in Bezug auf Urkunden getrieben, welche der eine Theil nur in den Händen des anderen vermuthet, von deren Dasein und Inhalt er gar keine verläßige Kunde hat. Nicht selten werden Klagen auf gerathewohl angestellt, mit dem geheimen Vorbehalte, wenn nur einmal der Beweis darüber auferlegt ist, seiner Zeit vom Beklagten erst die Herausgabe aller auf den streitigen Gegenstand Bezug habenden Akten, Lehn- und Lagerbücher, Bezugsregister und Gutsrechnungen u. dgl. m. zu verlangen. Die Belästigung des Beklagten mit dem so leicht aufgetragenen Editionseide ist für solche Fälle nie zu rechtfertigen; wird er verweigert, so geschieht es gewöhnlich nicht in der Absicht eines Rückhaltes, sondern weil der Fiskal, Domainen- oder Rechtsrath gar nicht wissen kann, ob sich die verlangten Beweisstücke nicht dennoch in dem von ihm vertretenen Archive vorfinden. Ist der Editionseid auf solche Weise verweigert oder sonst eine unmögliche Edition aufgetragen, so darf der Gegner schwören, daß er nicht anders wisse und glaube, als daß eine vielleicht vor einigen hundert Jahren errichtete, oder auch gar nie bestandene Urkunde dasjenige enthalte, was er darin zu finden und damit darzuthun hoffte. GO. K. XI. §. 6 Nr. 6. Welch' verdächtige, man kann wohl sagen, unsinnige Art, das Dasein und den Inhalt einer Urkunde durch eine eidliche Fiktion heraufzuzaubern, wie wir in der Oper die Geister erst als Flämmchen umherhüpfen, und dann um die Mitternachtsstunde aus ihren Gräbern emporwinden sehen! 10)

10) Zwei Beispiele zur Erbauung. 1) Zwei Gemeinden hatten in einem Prozesse wegen weitläufiger Holz- und anderer Forstrechte von dem beklagten Fiskus die Edition eines beim Rentamt unter dem Namen Mariandl bekannten Urbars verlangt, worin die Rechte ihrer Güter genau beschrieben sein sollten; der Fiskal legte wohl mehrere Urbarien und Bücher vor, worin nichts zu Gunsten der Kläger stand, übersah aber, bestimmt zu widersprechen, daß ein unter dem Namen Mariandl bekanntes Urbar des vorgeblichen Inhaltes in ärarialischem Besitze sei. Er wurde daher auf dem Grunde eines fingirten Zugeständnisses zur Herausgabe desselben verurtheilt, und da er es natürlich nicht beischaffen konnte, weil ein solches Buch gar nicht vorhanden war, so wurden die zahlreichen Kläger

Verweigert Jemand die Herausgabe einer Urkunde, in deren Besitz er sich wirklich befindet, so paßt auf ihn am ersten das fr. 199 de R. J.: Nemo potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit. Die einzige natürliche Folge ist daher seine Verurtheilung zur vollen Genugthuung an den Gegner, in die von ihm verursachten Schäden und Interessen, welche das Gericht frei anzuschlagen hat, aber nicht, daß sein Rechtszustand nunmehr der eidlichen und

---

in zwei Instanzen rechtskräftig zu dem Eide zugelassen, „daß in dem unter dem Namen M. bekannten Urbar geschrieben stehe, daß jedem von ihnen so und soviel an Bau- und Brennholz, Ast-, Spitz- und Rechstreu zustehe." Die Fiktion einer affirmativen Litiscontestation hatte also ein in der Wirklichkeit nicht bestehendes Buch geschaffen, und den Klägern war es überlassen, mit ihrem Eide zwei Seiten eines eingebildeten Inhaltes ohne allen positiven Haltpunkt nach ihrem Gutdünken hineinzuschreiben. (RNr. 696, 55/56.) Wo kömmt dabei der gesunde Verstand hin, von dem doch ein anderes oberstrichterliches Erkenntniß bemerkt, daß er bei allen Völkern und unter der Herrschaft aller Gesetze das wichtigste Element einer legalen Rechtsprechung sei und bleiben müsse? (Bl. f. RA. Bd. XXIV. S. 42.) — 2) In dem weitläufigen Entschädigungsprozesse, den ein Müller gegen den Fiskus wegen vernachlässigter Wasserbauten führte, und der sich über 40 Jahre lang fortschleppte, war der beklagte Fiskus rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger ein in den Vorakten irgendwo angeführtes Augenscheinsprotokoll vom 19. Nov. 1799 zu ediren. Alle Umstände machten es sehr wahrscheinlich, daß ein solches Protokoll gar nie existirte, sondern daß nur der Bericht eines Baubeamten über das, was er wahrgenommen, irrthümlich so bezeichnet war. Die Folge bestand natürlich darin, daß der Fiskus ein nur in der Phantasie des Klägers bestehendes Augenscheinsprotokoll von jenem Tage nicht ediren konnte. Der dermalige Kläger, ein ganz junger Mensch, der Erbe seines im J. 1817 klagenden Vaters und der Erbeserbe seines Vorgängers, der den Schaden erlitten haben wollte, wurde daher zu einem Eide zugelassen, „daß er nicht anders wisse und glaube, „als daß das (d. h. ein) unterm 19. Nov. 1799 aufgenommene Protokoll über „den abgehaltenen Augenschein die Thatsache festgestellt habe, daß H. (sein mittel-„barer Vorbesitzer, zufällig ein Cardinal) den fraglichen Senkbaum sammt den „Wuhrgebäuden nach vorläufiger Prüfung des Bauplanes von Seite der dortigen „Wasserbaucommission ... hergestellt habe, und daß der Isar die von der Bau-„commission festgesetzte Richtung gegeben worden sei." Diesen Eid leistete er auch den 12. Sept. 1854 unbedenklich ab, mit dem üblichen Zusatze: So wahr mir Gott helfe u. a. s. H. (RNr. 1485, 56/57.) Gibt es wohl eine größere Entweihung des Eides, als die in dieser Abnahme unterlaufene? Und dennoch ging alles in gesetzlicher Ordnung vor sich. Beide Instanzen legten übrigens in ihren Endurtheilen auf das hiedurch improvisirte Dokument nicht den geringsten Werth, weil sich aus Allem herausgestellt, daß der in Frage stehende Bau erst im Jahre 1802 ausgeführt wurde, wenn daher im Jahre 1799 ein Augenschein abgehalten wurde, er nur zum Gegenstande haben konnte, wie gebaut werden solle, und nicht wie gebaut worden sei.

muthmaßlichen Discretion seines Gegners völlig frei in die Hand gegeben werde [11]). Auch im Bereiche des Urkundenbeweises, obwohl bestimmt, den Eid zu erübrigen, sehen wir in solcher Weise den unvermeidlichen Eidschwur auf allen Punkten wieder auftauchen, als Diffessions- und Bucheid, als Editions- und Inhaltseid.

4) Der allergrößte und am schwersten fühlbare Uebelstand ist aber der heillose Mißbrauch, welcher mit den Diffessionen und vorbehaltenen Erklärungen auf öffentliche und Privaturkunden getrieben wird, um ihren Einfluß auf die Entscheidung der Sache vorerst zu lähmen und auf die umständliche Bahn der Beweisauflage gleichwie einer förmlichen Beweisführung hinüber zu spielen. Bereits oben im IV. Abschnitte (S. 118) wurde die ganze Pflicht- und Ordnungswidrigkeit eines solchen Auftretens in kräftiger Weise gerügt; dasselbe kann gar nicht oft und dringend genug dem öffentlichen Unwillen bezeichnet werden. Fiskale verlangen, daß ihnen von den Grundholden des Aerars das Steuerkataster producirt werde, welches beim Rentamte hinterliegt, und sie erkennen den ihnen mitgetheilten Auszug vorher nicht an, über dessen Uebereinstimmung doch ein Bericht jenes Amtes keinen Zweifel übrig lassen könnte. (RNr. 1017, 57/58.) Dasselbe erklären sie, wenn ihnen Entschließungen ihrer Regierung als Belege mitgetheilt werden, von denen doch das Concept in ihrer eigenen Registratur, vielleicht bei ihren Manualakten liegt. (RNr. 592, 54/55.) Sogar ein im Original producirtes Hyp.-Buch und Hyp.-Protokoll wurde von einem Advokaten diffitirt, natürlich ohne Erfolg, aber die Thatsache steht fest, es wurde ihm die Anerkennung versagt. (RNr. 1844, 54/55.) [12]) Es läßt sich nicht einen Augenblick be-

11) In dem Prozesse über den Ertrag einer verkauften Apotheke in einem gewissen Jahre sollte der Verkäufer seine Contobücher an seinen Abkäufer herausgeben; er schwor jedoch den Editionseid, daß er sie weder besitze, noch gefährlich aus Handen gelassen habe. Was konnte wohl das Motiv sein, daß er sie vernichtete? Verbrennt Jemand Bücher, die nach vielen Jahren noch als Nachweis seines Geschäftsbetriebes nützlich sein können? Die Aufbewahrung war natürlich, die Verbrennung konnte nur auf unlauteren Absichten beruhen; es war also gewiß der Fall gegeben, dem Kläger den erlittenen Schaden einigermaaßen dadurch wieder gut zu machen, daß man das pretium justum seiner Apotheke um ein Billiges herabgesetzt hätte. (Anh. II. Nr. 3.)

12) In einer anderen Sache legte der Kläger als Beweismittel für seine Confessorienklage den sein Gut betreffenden Auszug aus dem Steuerkataster vor, der Beklagte versagte diesem vor der Originalproduktion sein Anerkenntniß, bediente sich aber nun selbst als Gegenbeweismittel einer einzelnen Stelle aus jenem

zweifeln, daß dieses Verfahren, und die leichte Art, wie es hingenommen wird, den Vorschriften wie den Absichten der GO. durchaus zuwider laufe. Dieselbe schreibt K. IV. §. 12 und K. XI. §. 5 Nr. 1 wiederholt vor, Dokumente, worauf man sich in der Klage oder Antwort, in der Re- und Duplik beziehe, müßten gleich abschriftlich mit beigelegt werden, besonders, und nicht blos dann, wenn der Streit dadurch ohne anderen Beweis gehoben werden könne. Was ist hiebei die offenbare Absicht? Alle Urkunden des Falles, welche in der Regel das meiste Licht über den wahren Sachverhalt verbreiten, sollen bei dem ersten Urtheile sogleich als positive und gewisse Anhaltspunkte, aber nicht blos hypothetisch in der Voraussetzung, daß später ihr Anerkenntniß noch erzielt oder ihre Aechtheit festgestellt werde, zur Würdigung kommen. Das Beweisinterlokut und Beweisthema ist hienach vorzugsweise nur zur Ergänzung des voranliegenden Urkundenbeweises durch Zeugen, andere weitaussehende Erhebungen und durch Eide bestimmt; da aber jene Termine nicht gerade präclusiv sind, so versteht sich wohl von selbst, daß andere Urkunden, deren Relevanz sich erst später hervorthut, im Beweisverfahren nachholend noch mit zum Vorschein gebracht werden können. Wenn nun hierin ganz unverkennbar die Absicht der GO. beruht, sollte es der Gegner wohl in seiner Macht haben, durch die versagte Anerkennung vor der Originalproduktion die ihm mitgetheilte Urkunde gleichsam auszuschießen und sich dadurch ihre Würdigung als liquides Beweismittel zu verbitten? Gewiß nicht; hierauf wäre vollkommen anwendbar, was fr. 29 de leg. (1, 3) bemerkt: in fraudem (legis facit), qui salvis verbis legis sententiam ejus circumducit. Welche Mittel der Abhilfe die GO. hiefür gewähre, findet sich bereits dargelegt in der Zeitschrift für Gesetzgeb. u. Rechtspfl. des KR. Bayern, Bd. V. S. 125 ff., worauf daher an dieser Stelle füglich hinverwiesen werden kann.

5) Durch die bis in's Unglaubliche gehende Gewohnheit, allen Urkunden, welche sich beim ersten Schriftenwechsel gegenseitig mitgetheilt werden, die Anerkennung zu versagen, finden sich dieselben, wie bemerkt, fast immer in ein Beweisthema hinübergedrängt und zum nochmaligen Vorschube in einem förmlichen Beweisantritte genöthiget [13]). Allein auch hier beginnt das alte Spiel von vorne,

Auszuge, die ihm günstig war, und welche er nun gleichfalls abschriftlich vorlegte. Beide mußten sich wechselseitig producirt werden. (RNr. 559, 57/58.)

13) Als der Anwalt eines Beklagten die 12 Beilagen der Klage, alles Abschriften gerichtlicher Protokolle, in seiner Antwort mit Stillschweigen überging,

keine Urkunde wird in der Erklärung auf den angetretenen Beweis anerkannt, Allen wird die Relevanz bestritten, sich die Aeußerung über ihr Anerkenntniß aber wieder bis zur Originalproduktion vorbehalten. Auf solche Weise ist das Produktionsverfahren in den meisten Fällen ohne Noth und Nutzen zum stehenden Typus des deutschen Urkundenbeweises geworden, das sich darin mit einer Gemächlichkeit in die Breite ergeht, die alle Gränzen übersteigt [14]). Sehen wir der Sache offen und gerade in's Angesicht; wenn Jemand einen Beweis mit einer Urkunde führen will, so kann sowohl sein Gegner, als auch der Richter selbst ein gegründetes Interesse haben, sie erst sehen zu wollen, ehe man ihr Glauben schenkt. Wenn gegen den Erben ein Schuldschein des Erblassers klagbar verfolgt wird, kann jener sagen: ich will erst sehen, ob er von der Handschrift meines Rechtsvorgängers herrührt, ob darauf keine Zahlung quittirt, ob die Summe nicht verfälscht, oder sonst etwas daran verdächtig ist. Wenn ein Grundherr gegen seinen Grundholden mit einem alten Lehnbuche, ein Pfarrer gegen seine Gemeinde mit einem halb verfaulten Pfarrurbar einen Beweis führen wollen, so können die Gegner und der Richter überall mit Grund sagen: wir wollen erst das Original einsehen und untersuchen. Allein durch einen ganz verfehlten Schluß vom Besonderen auf das Allgemeine wurde hieraus die Regel generalisirt: Zu jedem Urkundenbeweise gehört, um

---

und nun der Beklagte auf dem Grunde derselben verurtheilt wurde, nahm dieser einen anderen Anwalt an, der sogleich in der Berufungsschrift seinem Vorgänger den bitteren Vorwurf eines unverantwortlichen Versehens daraus machte, jene Urkunden nicht vorläufig mit Widerspruch belegt zu haben, und nun versuchte, das stillschweigende Anerkenntniß derselben als unwirksam zu bekämpfen, und dem Kläger vorerst eine lange Beweisauflage aufzubürden. (RNr. 91, 58/59.)

14) Ein Beispiel zur Erläuterung. In dem Prozesse zwischen zwei großen Handelshäusern, der zwar eine bedeutende Summe, aber eine ganz einfache Frage über die Folgen eines Depotsgeschäftes in Staatspapieren betraf, wurde der Beweis des Beklagten nur durch etliche und zwanzig Urkunden geführt, Auszüge aus Handelsbüchern, kaufmännische Briefe, und einige Curszettel, welche die Sensale als richtig bestätigen sollten. Das Produktionsverfahren allein nahm hiefür 33 Monate in Anspruch, in welchen sieben fortgesetzte Produktionstermine abgehalten wurden. Mehrere Sachverständige mußten die ganz regelmäßig geführten Bücher des beklagten Hauses untersuchen, die Gegenpartei und ihr Anwalt prüften sie selbst genau; im letzten Termine wurde noch der Diffessionseid über einige Briefe abgeschworen, die sich zwar auf den ersten Anblick als ächt bewährten, was sie auch waren, denen sich aber mit mehr Grund der wesentlich davon verschiedene Vorwurf machen ließ, daß sie blos zum Scheine geschrieben worden seien. (Anh. II. Nr. 34.)

ihm die gehörige Form zu geben, die Vorlage der Originalien in Gegenwart des Richters an den Gegentheil; zu jedem die vorgängige Erklärung des letzteren, ob er das Dokument anerkennen, abläugnen, oder seine Fälschung beweisen wolle, wenn es eine keiner Diffession fähige öffentliche Urkunde ist, wozu er auch immer ohne Anstand zugelassen wird. Die Originalproduktion paßt ihrer Natur nach blos auf Urkunden, welche derjenige, der sich ihrer bedienen will, in Händen hat, und die seinem Gegner fremd sind; in Bezug auf andere Schriften, zumal solche, welche dem Gegner überall zur Einsicht offen stehen, wird sie eine ganz sinn- und bedeutungslose Formalität, die nur Gebühren einträgt und Kosten verursacht; dessen unerachtet wird auf ihr in allen Fällen bei Vermeidung des Ausschlusses bestanden[15]). Das Hypothekenbuch oder Briefsprotokoll, das beim Landgericht, das Steuerkataster, das beim Rentamt zur Einsicht vorliegt, ein Kaufbrief, der doppelt ausgefertigt wurde und wovon sich das zweite Exemplar in der Hand des Produkten selbst befindet, ein Zeitungsblatt, das seiner Zeit in jedem Kaffeehause aufgelegen, Handelsbücher, die sich auf einem auswärtigen Platze befinden, Alles muß bei Gericht im Original producirt werden, soll es als Beweismittel nicht rettungslos verloren sein[16]). Ja noch mehr, wenn in derselben Tagsfahrt der Beklagte, dazu verurtheilt, dem Kläger eine Originalurkunde edirt hat, wodurch also die Aechtheit der vom Kläger schon vorher übergebenen Abschrift außer allen Zweifel gestellt scheint und nur der Vergleichung bedarf, so genügt dieses nicht, der Kläger muß sie nun seinerseits dem Beklagten, aus dessen Händen sie in derselben Viertelstunde kam, und der sie auch wieder mit nach Hause nimmt, förmlich vorlegen, ihm gleichsam Kopf und Augen darauf herabdrücken; thut er es nicht, so setzt er sich ganz sicher der Gefahr eines Antrages aus, die Urkunde

15) Diese Klage ist nicht neu. Boncenne bemerkt a. a. O. T. I. Nr. 46: „In einer Ordonnanz, welche der Dauphin im März 1356 während der Gefangenschaft des Königs Johann erließ, wird geklagt, daß die Gerichtsboten (eine Art ungelehrter Advokaten, wie die Landärzte), wenn sie ihre Zustellungen und andere Amtsgeschäfte besorgten, sich auf einen großen Fuß stellten und einen bedeutenden Aufwand machten, auf Kosten der guten Leute, denen sie dienen; daß sie mit zwei Pferden führen, um mehr Gebühren einzustreichen, während sie doch, um ihre eigenen Geschäfte zu besorgen, meistens zu Fuß gingen."

16) In dem schon oben erwähnten Prozesse über den wahren Ertrag einer verkauften Apotheke wurden mehrere tausend, im Laufe eines Jahres verfertigte Rezepte als Urkunden benützt, und sie mußten daher das förmliche Produktionsverfahren mit durchmachen. (Anh. II. Nr. 3.)

als nicht förmlich producirt und auf den Commissionstisch gelegt zu präcludiren. (Siehe oben Note 9.) Wenn nun das Gericht wegen zu großer Zahl der producirten Urkunden sich die Vergleichung und Collation auf den folgenden Tag verspart, so erklärt der Anwalt, ein solches Verfahren sei ungesetzlich, und müsse in seiner Gegenwart, um einige neue Reisen machen zu können, erneuert werden[17]). Mit einem Worte, das Produktionsverfahren in seiner jetzigen Gestalt und Ausdehnung ist ein veralteter Formalismus, der in den meisten Fällen, zumal da, wo die Originalien in gerichtlicher Verwahr hinterlegt, oder sonst Jedermann zugänglich oder keines Zweifels fähig sind, auch nicht den geringsten Nutzen für die Sache selbst, für die Vertheidigung des Gegners und die Aufklärung der Richter gewährt.

Wer nur eine oberflächliche Kenntniß von der englischen Geschichte hat, der wird sich der berüchtigten Pulververschwörung erinnern; eine fanatische Horde hatte sich verschworen, den 5. Nov. 1605 den König Jakob I. mit dem versammelten Parlamente in die Luft zu sprengen. Schon waren die Keller des Parlamentshauses mit 36 Pulverfässern gefüllt und alle Vorbereitungen getroffen, als in der letzten Nacht der Anschlag entdeckt und vereitelt,

17) So vorgekommen RNr. 1237, 53/54. Noch ein Beispiel zur Erläuterung. Ein weit aussehender Prozeß zwischen einem entlassenen Pupillen und seinem Vormunde wegen zahlreicher Ersatzposten aus der Verwaltung des letzteren war in das Beweisverfahren gediehen; hier legte der Vormund unter Andern eine Quittung des Pupillen über einige Gulden in Abschrift vor, über welche des letztern Anwalt eine etwas unbestimmt gehaltene Erklärung abgab. Die erste Instanz erklärte sie daher sofort für anerkannt und keiner Produktion mehr bedürftig, wogegen vom klägerischen Anwalte Verwahrung eingelegt und später als eine Vorbeschwerde gegen das sehr umfassende Endurtheil auch geltend gemacht wurde. Die zweite Instanz hielt jene Erklärung für einen genügenden Vorbehalt, hob daher wegen dieses einen Posten das ganze, wenigstens dreißig andere umfassende Erkenntniß in gewohnter Weise als zu voreilig erlassen auf, und verordnete vorerst ein Produktionsverfahren für jene Quittung. Im Termine bat der Anwalt des Pupillen, der den ganzen Zwischenfall herbeigezogen hatte, da er die Schrift seines Klienten nicht genau kenne, diesen selbst darüber zu vernehmen, weil er in einer nahe gelegenen Stadt wohne. Als dieses geschah, erklärte der vormalige Pupill, die Quittung sei von ihm geschrieben und unterschrieben, er habe nie daran gedacht, dieses nur in Zweifel zu ziehen. Der ganze Angriff auf das erstrichterliche Urtheil, der es auch umstürzte und die Sache drei Jahre lang aufhielt, war daher nur eine formalistische Chikane ohne reelles Interesse. (RNr. 1062, 42/43.) Und doch war es der Kläger, der so handelte, mithin nicht einmal ein Interesse an dem Verschleife der Sache hatte.

die Urheber eingezogen wurden und ihre Schuld mit dem Kopfe büßten. Seit jener Zeit bis auf unsere Tage herab muß jährlich am Vorabende des 5. Nov. ein Hauptmann der Leibwache mit einer Bedeckung die Keller unter dem Sitzungssaale des Parlamentes untersuchen, um nachzusehen, ob sie nicht wieder eine solche Höllenmaschine in sich bergen. Jedermann leuchtet ein, daß hiemit nichts weiter, als eine geschichtliche Gedächtnißfeier ohne reelle Bedeutung bezielt sei. Wohlan, jene Runde ist das Produktionsverfahren im deutschen Prozesse; weil vielleicht einmal vor 100 Jahren bei einer Produktion entdeckt wurde, daß ein Schuldschein verfälscht gewesen, müssen alle Urkunden, öffentlich oder privat, sie mögen in Händen sein, wo sie wollen, um beweiskräftig zu werden, vom Beweisführer seinem Gegner im Beisein des Richters vor Augen gelegt, und dessen Erklärung hierauf gewärtiget werden.

6) Im Produktionsprotokolle selbst nimmt das beharrliche Zaudern des Gegners, mit seiner Erklärung herauszurücken, meistens einen sehr kleinlauten Ausgang; er erkennt die ihm vorgelegten Urkunden in qualitate producta an, und behält sich nur die Beleuchtung ihres Inhaltes für einen weiteren Schriftsatz bevor. Zuweilen wird indessen über diesen Inhalt und die formellen Mängel der Urkunde in Recessen bis zur Duplik verhandelt, wodurch die Sache dahin kömmt, daß eine Urkunde bis zur endlichen Entscheidung acht- bis zehnmal von beiden Seiten discutirt wird; erst in der Exception und Duplik, dann in der Appellation und Revision, überall noch hypothetisch und ohne daß sie anerkannt wäre; wiederholt in der Beweiserklärung, zweimal im Produktionsprotokolle und wieder in der Conclusionsschrift, worauf noch zweimal in beiden höheren Instanzen. Das Ende von dem Allem ist immer, daß die producirte Urkunde ächt ist, was man gleich anfangs wußte; denn seltsamer Weise, so willkührlich auch in der Verhandlung erfundene Behauptungen und bodenlose Widersprüche gegen einander ausgetauscht werden, so weit geht denn doch die Keckheit nicht, eine Urkunde zu erfinden, nur ein Wort in einer vorgelegten Abschrift absichtlich zu verändern oder zu fälschen; eine heilsame Scheue hält noch von diesem Wagnisse zurück, um soviel mehr Grund, die Produktion als einen nutzlosen Formalismus bei Seite zu schieben. In anderen Fällen, und besonders da, wo Privaturkunden dritter Personen vorgelegt werden, bringt das Produktionsprotokoll einen Platzregen von Diffessionen zum Vorscheine; auf eben so leichtfertige Weise wird oft der Diffessionseid über fremde Urkunden geleistet,

da Jedermann weiß, daß er hiemit nichts wage, zu schwören, er wisse und glaube nicht, daß eine Urkunde von einem Dritten herrühre. Eine Ehefrau schwört ohne Regung des Gewissens, ein gefälschter Hypothekenbrief sei nicht von ihrem nach Amerika entwichenen und mit Steckbriefen verfolgten Manne unterschrieben, dessen Handschrift sie doch so gut kennt, wie ihre eigene. (RNr. 1590, 53/54.) Ein Kaufmann beschwört, mehrere Briefe eines Handelshauses an seinen Gegner nicht für ächt zu halten, blos darum, weil er sich der Meinung hingibt, ihr Inhalt laufe auf eine wider ihn gespielte Intrigue hinaus. (Siehe oben Note 14.) Dergleichen Diffessionen, die zuweilen im Produktionsprotokolle, und ehe noch ein Eid zu leisten ist, von ganz gewiß ächten und unverdächtigen Urkunden vorkommen, um nur deren Beweiskraft auf einige Zeit hinauszuschieben, nöthigen alsdann den Producenten, den Aechtheitsbeweis auf andere Art zu führen, mit Zeugen, oder Urkunden und Eiden, wodurch ein ganz neues Beweisverfahren nach verjüngtem Maaßstabe in das ältere eingeschachtelt wird, gleichsam aus ihm herauswächst. Hiemit ist also der ganze Zweck, auf den die Ausstellung der Urkunde berechnet war, vereitelt. Warum hat noch Niemand daran gedacht, was doch im Concurse nach GO. K. XIX. §. 11 Nr. 4 bereits vorgezeichnet ist, zu verordnen, jede Diffession müsse gleich Anfangs eidlich geschehen, und erst wenn diese erfolgt ist, sei der Inhaber noch zum Beweise der Aechtheit zuzulassen? Hiemit wäre gewiß dem schlimmen Unfuge wenigstens theilweise ein schnelles Ende gemacht.

Es kann gar nicht oft genug wiederholt werden, wie schmählich dieses Gebahren sei, durch leichtsinnige Diffessionen, wenn gleich noch ohne Eid, den Gegner um sein gutes Recht, oder doch um sein gutes Beweismittel zu bringen, oder ihn nur eine Weile damit hinzuhalten. Eine ausgestellte Urkunde ist immer eine probatio praeconstituta, wer sie unterzeichnet, verspricht dadurch von selbst, da, wo es darauf ankömmt, sie auch wieder anzuerkennen; wer sich dessen weigert, ladet damit dieselbe Untreue auf sein Rechtsgewissen, welche den Grundton der Unterschlagung bildet. Fürsprecher und Parteien, welche klaren Urkunden nur auf einige Zeit die augenblickliche Anerkennung versagen, brandmarken dadurch ihre Redlichkeit in einer Weise, wie solche bereits oben S. 128 und 130 im Vorübergehen bezeichnet wurde [18]).

18) Man kann vielleicht hierauf erwiedern: Die Erklärung über eine mitgetheilte Urkunde bis zum letzten Augenblicke aufsparen, ist nicht ohne Interesse

Gerade auf diesem Punkte stößt man auf den fühlbarsten Mangel im deutschen Urkundenbeweise und die erheblichste Abweichung von dem französischen, die ihren Grund wieder nur in einem Uebermaaße von Bedächtlichkeiten und einem Ausläufer der Verhandlungsmaxime hat. Es fehlt dem deutschen Richter die Ermächtigung, die frivole Abläugnung einer eigenen oder fremden Urkunde für dasjenige zu erklären, was sie wirklich ist, und mit einem Schritte darüber hinwegzusetzen; es fehlt ihm die Kraft, sein eigenes Urtheil über eine Urkunde aus ihrem bloßen Anblicke zu schöpfen. Die obligate Gewohnheit, seine Ansicht über die Geltung eines Dokumentes nur an dem Gängelbande seiner Produktion und der Erklärung darauf zu bilden, bringt in solchen Fällen, wo es an einer Gegenpartei fehlt, wie z. B. bei Constatirungsgesuchen über die Realität eines Gewerbes, die Richter zuweilen in einige Verlegenheit darüber, was sie von einer Urkunde halten sollen, die Niemand anerkannt hat und anzuerkennen zugegen ist. Was dem deutschen Richter abgeht, und so schwer von ihm vermißt wird, ist eine besonders für Privaturkunden und Nebenbehelfe so wichtige amtliche Gewalt, sich selbst zum Schiedsrichter über ihre Aechtheit aufzuwerfen, und damit alle Beweise und Diffessionseide, welche auf diesem Punkte so schwerfällig nachhinken, als überflüssig für eine weitere Aufklärung dessen, was schon hinlänglich klar vor Augen liegt, zu überspringen. Die näheren Aufklärungen, welche unten über die Erfassung desselben Punktes im französischen Civilprozesse nachfolgen, werden über diesen Gedanken mehr Licht verbreiten, und eine Sache, die hier nur angedeutet ist, als bereits gangbar vollständig aufhellen.

7) Um den Urkundenbeweis zu privilegiren und ihm einen leichteren Aufschwung zu verleihen, hat man zu seinen Gunsten zwei summarische Prozeßarten erfunden, den Mandatsprozeß für öffentliche Dokumente unter gewissen Voraussetzungen, und den Exekutivprozeß für öffentliche und Privaturkunden, wenn sie den Grund einer Klage, welche sich um eine Geldforderung dreht, vollständig zu erweisen vermögen; alle Einreden, die nicht in gleicher Weise zu erproben sind, sollen alsdann zur besonderen Austragung verwiesen bleiben. Allein beide verwickeln sich meistens gleich auf

für die Partei selbst. Der Anwalt des Gegners, der das Original mitbringt, kann auf der Fahrt zum Produktionstermine ein Rad brechen, er selbst dann die Restitutionsfrist versäumen, das Dokument wird sofort präcludirt, und der Prozeß durch diese Finte gewonnen.

dem ersten Schritte bei den Einwendungen gegen die Prozeßart in so viele Anstände, daß sie ohne praktischen Nutzen sind. Ein haltbarer Grund, den Urkundenbeweis vorzuziehen, und den Zeugenbeweis auf einen zweiten Plan zu verweisen, beide sohin von einander abzusondern, liegt nirgends vor; auch ein Zeugenbeweis über die vollständige Zahlung der Schuld könnte ja binnen acht Tagen leicht geführt sein. Weit besser wäre es daher, beide Beweisarten durch Abstreifen der nutzlosen Förmlichkeiten, die ihnen ankleben, in dem Grade zu mobilisiren, daß ihre Erhebung auch in einer verwickelten Sache binnen 6—8 Wochen beendiget sein könnte, wo meistens im Exekutivprozesse noch nicht einmal die erste Produktionstagsfahrt vor sich gegangen ist.

8) Eine andere leider zu sehr vernachlässigte Art des Beweises, der vorzugsweise durch Urkunden geführt wird, ist das summarische Liquidationsverfahren. Scharf ausgebildet findet sich dasselbe in der bayer. GO. nur für den allgemeinen und Partikularconcurs; die preuß. GO. I, 51 hat bekanntlich noch mehrere Fälle in dessen Bereich gezogen. Aber auch jene erstere hat K. XVII. §. 4 Nr. 7 ein solches für die Feststellung der außergerichtlichen Prozeßkosten und Schäden mit einigen Umrissen angedeutet. Dagegen sind es nur die Anmerk. zu GO. K. XVIII. §. 1 litt. f, welche einem solchen Verfahren eine bedeutende Erweiterung zudenken. Dort heißt es nämlich, bei Generalaktionen, wie auch, wo es um Schäden oder fructus perceptos und dergleichen zu thun sei, werde das Quantum in der Definitivsentenz nicht ausgeworfen, sondern auf Liquidation ausgestellt. Welcher näheren Entwicklung dieser Fingerzeig fähig sei, haben die Bl. f. RA. bereits unter Anführung einiger Beispiele gezeigt (Bd. XX. S. 33 ff.; Bd. XXII. S. 200), weshalb sich hier darauf beschränkt wird, auf dieses vernachlässigte, und doch offenstehende Hilfsmittel der Ueberwindung prozessualer Schwierigkeiten hinzuweisen. Mit der Vorschrift der GO. K. VII. §. 6, der Richter dürfe das persönliche Erscheinen der Theile aus besonders erheblichen Ursachen als nöthig verordnen, und K. V. §. 2 Nr. 3, gegen den beständig Ungehorsamen sogar einen Vorführungsbefehl erlassen; — mit der Vorschrift der Nov. v. 1837 §§. 9 u. 17 litt. b, welche die Richter verpflichtet, von jeder Partei die Erzählung des Sachverhaltes und die Beantwortung der zur klaren Uebersicht nöthigen Fragen zu verlangen, wozu auch von selbst gehört, sich ihre Beweismittel auf der Stelle anzeigen zu lassen, eine verweigerte Antwort aber als natürliche

Bejahung anzunehmen; — mit der Erlaubniß der GO. K. X. §. 15 Nr. 7, den Parteien selbst nach Gestalt und Erforderniß der Sache zur Erforschung der gründlichen Wahrheit von Amtswegen Fragstücke zu stellen; — mit dem Gebote in K. XI. §. 5 Nr. 1, Dokumente worauf man sich in der Klage und Antwort beziehe, sogleich abschriftlich mit vorzulegen, woraus folgt, daß nach obigen Stellen der Richter auch den Gegentheil sogleich über ihre Aechtheit befragen darf; — mit der weiteren Vorschrift derselben Stelle Nr. 6 u. 8, wonach der Richter die Einsicht und weitere Einsicht eines Originaldokumentes zu nehmen für nöthig finden kann, und die Partei ihm solches bei Vermeidung des Ausschlusses damit nicht verweigern darf; — mit der Hinweisung des §. 9 Nr. 1 ebendaselbst, die etwaigen Mängel einer Urkunde nach den Umständen zu würdigen; — mit der Bestimmung der GO. K. XIV. §. 2 Nr. 3, wonach der Richter zu seinem Unterrichte noch weitere Auskunft verlangen kann, was sich insbesondere nach K. XV. §. 7 Nr. 9 auch auf die höheren Instanzen erstreckt; — mit all' diesen Vorschriften und Anleitungen ausgerüstet wäre es ein Leichtes, einen Liquidationsprozeß zu organisiren und in Gang zu bringen, der in einem Protokolle und einem Beilagenhefte innerhalb 14 Tagen mehr zu leisten vermöchte, als zwei bis drei dickleibige Aktenbände, durch welche sich ein langwieriges Beweisverfahren oft Jahre lang mühsam fortschleppt. Was ist die Einwendung hiegegen? Immer wieder die alte Bemerkung, ein solches Verfahren sei zu inquisitorisch, sei überstürzt, über Bausch und Bogen geworfen, sei improvisirt und tumultuarisch, mit einem Worte, welches Allen Stillschweigen auferlegen soll, es sei nicht juristisch.

Wenden wir unsere Betrachtung nunmehr von da hinweg dem französischen Prozesse als dem Hauptgegenstande dieser Erörterung zu, so finden wir den Uebertritt einer gerichtlichen Verhandlung in das förmliche Beweisverfahren, wie bereits oben im VI. Abschnitte bemerkt, immer durch einen Zwischenbescheid vermittelt, welcher die Art des angebotenen Beweises zuläßt, oder ihn selbst erst verordnet, und seinen Gegenstand genau bezeichnet. Für die Erhebung der Beweise ist nunmehr eine neue Verrichtung als erforderlich in Gang versetzt, die des Richtercommissärs nämlich. Während der erste Schriftenwechsel sich überall der leitenden Dazwischenkunft eines Richters überhoben findet, blos durch den Dienst (ministère privé) gerichtlicher Hilfsbeamten, d. i. der

Anwälte und Gerichtsboten seinen geordneten Fortgang nimmt, kann das Beweisverfahren nicht umhin, sich eines Abgeordneten des ganzen Gerichtes als Instruktionsrichters zu den einzelnen Erhebungen zu bedienen, und ihn mit den Parteien und Anwälten in eine unmittelbare Berührung zu setzen. Derselbe wird in dem Interlokute selbst ernannt, läßt sich die Urkunden vorlegen, stellt Schriftenvergleichungen an, sammelt die Vergleichungsstücke, vernimmt die Zeugen, hält den Augenschein ab, und kann aushilfsweise sogar den Eid abnehmen, wenn derselbe nicht in öffentlicher Sitzung geleistet zu werden vermag. Art. 121 C. Pr. Auch kann hiezu das Mitglied eines anderen Gerichtes oder ein Friedensrichter delegirt werden. Art. 1035 ebendas. Die Theile werden zu seinen Verhandlungen mit beigezogen; ergibt sich hiebei eine Schwierigkeit, die er nicht auf der Stelle zu heben vermag, so erstattet er darüber Bericht in der öffentlichen Sitzung, die beigeladenen Theile werden hier mit ihren Bemerkungen vernommen, worauf das Gericht darüber entscheidet. Art. 539. Etwas Aehnliches hat der Art. 141 des bayer. Strafprozeßgesetzes v. 1848 in den beiden letzten Absätzen verordnet; beruhiget sich ein Betheiligter bei der Zurückweisung seines Antrages durch den Präsidenten nicht, so hat der Schwurgerichtshof darüber zu entscheiden. Derselbe Richtercommissär findet sich wieder in Thätigkeit versetzt bei allen verwickelten Operationen, welche eine geschäftige Weiterbeförderung und freie Mittheilung mit den Betheiligten erheischen, wie beim Rechnungsprozesse, bei gerichtlichen Erbtheilungen, der Vertheilung des Erlöses abgepfändeter Mobilien, der Zwangsversteigerung und dem Rangordnungsverfahren. Durch eine kleine und gewiß heilsame Erweiterung könnte einem solchen Richtercommissär die Leitung der ganzen Verhandlung und jedes Schriftenwechsels mit Einschluß der Vorladungen durch committirte Gerichtsdiener im Sinne der Art. 4, 20, 153, 156 u. 350 C. Pr. gleich vom Anfange an übertragen, und sein Amt stellvertretend dazu benützt werden, den obligaten Dienst der Sachwalter und Gerichtsboten zu verdrängen.

Was demnächst die Wahl der Beweismittel betrifft, so ist sie zwar auch den Parteien freigegeben; da jedoch den Gerichten in Bezug auf die Zulassung der meisten Beweise, und namentlich des Zeugenbeweises eine billigmäßige Amtsgewalt, das schon oft erwähnte pouvoir discrétionnaire zusteht, sie nach Gutbefinden zu gewähren oder zu versagen, so ist es eine leicht begreifliche Folge hievon, daß ihnen auch ein Einfluß auf die Bestimmung der Wege offen bleiben müsse, auf

denen sie dafür halten, die nöthige Einsicht und Ueberzeugung am besten erlangen zu können. Den Gerichten ist deshalb eine wohl bemessene Concurrenz in der Auswahl der Beweismittel mit den Parteien eingeräumt; sie bestimmen in ihrem Interlokute gleich von vorne herein, durch welche Beweise ein streitiger Punkt des Faktums zu erheben sei, und von welchen sie am natürlichsten ihre Aufklärung erwarten können. Wie eine Partei etwas beweise, ist nicht mehr ihre Sache allein, das Gericht selbst glaubt mit seinem Ansehen dabei in Mitte treten zu können, um die Führung des Beweises auf eine bestimmte Richtung hin zu verweisen. Die Partei und ihr Anwalt sind nicht die Herrn des Faktums, das Gericht steht mit ihnen in einem sehr legitimen Condominate über diesen Theil seines Bedarfes. Dieses Recht tritt besonders für die Expertise, d. i. eine kunstmäßige Erforschung durch Sachverständige sehr oft hervor, weil hier die Fragen gewöhnlich von der Art sind, daß sie eine andere Lösung gar nicht vertragen. Da die bayer. GO. K. XII. §. 3 Nr. 2 dem Richter erlaubt, Kunst- und Handwerks-verständige Leute auch von Amtswegen mit beizuziehen, und sie hiezu selbst zu ernennen, so wäre es in vielen Fällen gewiß weit gerathener, ein Gutachten von Sachverständigen sogleich nach geschlossener Verhandlung zu erheben und ihnen die Punkte zu bezeichnen, worauf sie ihr Augenmerk vorzugsweise zu richten haben. Dadurch, daß eben diese Punkte vorerst in ein rechtskräftiges Beweisthema eingeklemmt, und also dem Beweisführer die Wahl offen gehalten wird, wie er sie beweisen will, kann er leicht in Gefahr kommen, wenn nur ein kleiner Nebenumstand fehlschlägt, seinen ganzen Prozeß verloren gehen zu sehen. Auf jenem weit kürzeren Wege ließe sich die Sache oft sehr vereinfachen.

Soviel nach diesen allgemeinen Vorbemerkungen den Beweis durch Urkunden selbst anbelangt, so bildet derselbe im Systeme des französischen Civilprozesses die alle übrigen an Wichtigkeit und Frequenz weit überragende Hauptprobe; er steht immer schon von Rechtswegen zu und läßt sich unbedenklich als der ordentliche und regelmäßige Beweis bezeichnen, nicht blos für Verträge und andere Gegenstände des Obligationenrechtes, welche an ihn gebunden sind, sondern auch für dingliche Rechte und Streitigkeiten über Gegenstände des Familienrechtes. Gewiß in neun Fällen unter zehn, wo ein bestrittenes oder außerdem nicht leicht zugegebenes Faktum der Erprobung bedarf, wird solche durch Urkunden und die sich daraus ergebenden Vermuthungsgründe geliefert; alle übrigen

Beweismittel und namentlich die Zeugen wären in Civilsachen beinahe völlig zu entbehren, was in noch weit höherem Grade von dem Eide gilt[19]). Deshalb lautet auch der fast stereotype Eingang der Entscheidungsgründe zu den französischen Civilurtheilen: Erwogen, daß aus allen Urkunden und Umständen des Rechtsfalles hervorgeht, ... Erw. daß die vorgelegten Urkunden und übrigen Schriftstücke der Sache sich dahin vereinigen, dem Gerichte keinen Zweifel mehr daran übrig lassen, daß ... u. s. w. Diese übrigen beigebrachten Schriftstücke (les pièces du procès) sind selbst wieder Umstände des Falles, gleichwie die übrigen Umstände meistens auch durch Urkunden festgestellt vorliegen, so daß diese beiden Elemente als ziemlich gleichbedeutend sich auf eine Linie gestellt finden. Selbst aus dem Vermissen schriftlicher Urkunden da, wo man solche doch mit Recht erwarten könnte, wird nicht selten eine weit greifende Folge gezogen und von dem Fehlen des regelmäßigen Beweismittels auf den Ungrund oder die Unerweislichkeit einer Prätension geschlossen. Gleichwie der Art. 217 C. Pr. dem Kläger auf Fälschung einer Urkunde erlaubt, wenn sein Gegner, statt sie vorzulegen, deren Gebrauch lieber fallen läßt, aus einem so verdächtigen Benehmen die der Sache angemessenen Folgerungen zu ziehen, ebenso steht dem Richter offen, wenn eine Partei gar keine Urkunden zur Begründung ihres Vorbringens vorzulegen vermag, hieraus einen Schluß zu ziehen, von welch' lockerem Bestande eine so unsicher in der Luft schwebende Behauptung sei. Der Entscheidungsgrund: Erw. daß der Beklagte dem entgegen zwar behauptet, aber nicht zu erproben vermag — qu'il ne justifie pas — . . . will nichts

19) Boncenne, a. a. O. T. II. Nr. 215 bemerkt: „Der Urkundenbeweis schließt die Gegenprobe durch Zeugen natürlich aus; er stellt die Wahrheit weit bestimmter fest, und verleiht derselben den unermeßlichen Vortheil einer bleibenden Gewißheit; er feiert den Triumph der Civilisation über die Barbarei .... Wäre es nebenbei erlaubt, Zeugen darüber abhören zu lassen, was vor, während oder nach Abfassung der Urkunde gesprochen sein sollte, und also zu beweisen, daß mehr ausgemacht als niedergeschrieben wurde, so würde es keinen Vertrag mehr geben, der sich aufrecht erhalten ließe." — Weiter unten fügt derselbe Schriftsteller Nr. 224 noch bei: „Unter den Ausnahmen von dem Erfordernisse des Urkundenbeweises kömmt jedoch vor:... Der Verlust einer Urkunde durch unvorhergesehenen Zufall oder unabwendbare Gewalt.... Allein um hier den Zeugenbeweis zulassen zu können, muß der Zufall, welcher den Verlust herbeiführte, vorher gewiß sein. Sollte derjenige, der zum Zeugenbeweise hierüber zugelassen sein will, blos anführen, daß er die Urkunde verloren habe, so könnte er noch nicht damit gehört werden."

Anderes sagen, als soviel, daß er seine Behauptung nicht durch die ihr entsprechenden Urkunden zu unterstützen und auf der Stelle darzulegen im Stande ist. Jede Partei muß übrigens in der Regel wenigstens ihre Urkunden selbst bei der Hand haben; ein Editionsgesuch als Incidentpunkt im deutschen Sinne ist im französischen Prozesse beinahe unbekannt, von den Gesetzen nicht berührt, in der Praxis kaum üblich und jedenfalls sehr selten [20]).

Die Formen, in denen sich der Urkundenbeweis auf dem Gebiete des Civilprozesses entwickelt und in dessen Verhandlung hervortritt, lassen sich beiläufig auf folgende Hauptpunkte zurückführen:

1) Der Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden, wovon erstere gegen Jedermann und ohne vorgängige Anerkennung, letztere erst nach festgestellter Aechtheit und schlechthin nur gegen den Aussteller beweisen, wurde bereits oben im II. Abschnitte (S. 35) bemerklich gemacht und stimmt ganz mit den deutschen Begriffen in diesem Belange überein. Dagegen macht sich noch eine andere wichtige Unterscheidung geltend, welche zwar nicht von den Gesetzen aufgestellt, wohl hingegen von der Jurisprudenz sehr bestimmt ausgebildet ist und auch durch alle Stadien des Verfahrens hindurchläuft; es ist der Gegensatz des juristischen Beweises durch Urkunden und der moralischen Probe durch Schriftstücke [21]). Dem ersten liegt

---

20) Berriat St. Prix bemerkt in der Note 73 Nr. 2 jener Stelle, wo er von der Communication des pièces handelt: „Nach C. 7 de test. (20, 4) ist es eine Maxime des franz. Prozesses, quod nemo tenetur edere contra se. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn die abgängige Urkunde dem Editionskläger eigenthümlich oder doch gemeinschaftlich gehört." Carré bemerkt in demselben Sinne Qu. 788: „Man kann vom Gegner alle Urkunden herausgegeben verlangen, die er seinerseits nur angeführt hat, wenn sie auch nicht abschriftlich mitgetheilt wurden, ebenso alle Urkunden, welche der einen Partei mit der anderen gemeinschaftlich sind. Behauptet eine Partei, daß sich in dritten Händen Urkunden befinden, deren Beischaffung für die Instruktion des Prozesses sachdiensam ist, so kann sie verlangen, daß der Richter diese Beischaffung verordne, nur muß sie dieselben genau bezeichnen." — Und weiter unten nach Qu. 790: „Verweigert eine Partei die ihr aufgetragene Edition, und kann sie den Verlust der Urkunde nicht beweisen, so hat der Richter nach den Umständen des Falles auszusprechen, welchen Einfluß auf den Ausgang der Sache die unterbliebene Vorlage äußere. Alles ist in diesem Falle der unübersteiglichen Würdigung der Richter anheimgestellt." — Der Fall eines Editionsstreites findet sich übrigens Anh. I. Nr. 115.

21) Vgl. oben S. 97. Man darf sich hier nur erinnern, mit welchen Schwierigkeiten zuweilen in der bayerischen Strafrechtspflege die Frage zu kämpfen hat, ob eine gefälschte Schrift auch eine Urkunde im gesetzlichen Sinne sei. Im Civilprozesse dagegen ist Alles Urkunde, was geschrieben oder gedruckt ist.

entweder eine öffentliche Constatirung in gesetzlicher Form über einen gewissen Vorgang zu Grund, wie die Civilstandsregister, die gerichtlichen Urtheile, Erlasse und Ausfertigungen, die Aufnahmen gerichtlicher Hilfsbeamten, Notariatsakten und Constatirungsprotokolle von Personen, die hiezu durch ihr Amt berufen sind, Hypothekenbücher und ähnliche öffentliche Register, oder ein schriftliches Einbekenntniß desjenigen, gegen welchen eine Urkunde förmlich beweisen soll, seinen Rechtsvorgänger mit inbegriffen, wohin als Hauptfall zu rechnen ist, wenn eine Willenshandlung, ein Vertrag oder letzter Wille schriftlich errichtet ist, von denen sich der erste wenigstens gleichfalls auf das Anerkenntniß einer eingegangenen Verpflichtung zurückführen läßt. Dahin gehören alle Privatakte, Kauf-, Tausch- und Miethabreden, Schuldscheine, Wechsel und Handelsbillete, Handelsbücher mit ihrem Privilegium, Zahlungsversprechen und Quittungen, gleichwie auch die übrigen Privaturkunden, die im Voraus bestimmt sind, im erforderlichen Falle zur Probe zu dienen. Der mit diesen Urkunden unternommene juristische Beweis steht unter der Herrschaft des Gesetzes, nicht blos in Ansehung seiner Erforderlichkeit, sondern auch seiner Ergebnisse, der Eigenschaft einer Urkunde, ihrer Beweiskraft oder Mängel und der Qualification der darin bekundeten Rechtsgeschäfte oder der dawider erhobenen Umstände. Alle diese Punkte eröffnen, wie bereits im vorigen Abschnitte (S. 406) bemerklich gemacht wurde, den Cassationsrekurs. Die moralische Probe durch andere Schriftstücke fällt dagegen unter die Herrschaft der Umstände des Falles; ihre Würdigung ist, wie der Beweis durch Zeugen und gemeine Vermuthungen, dem vernünftigen Ermessen und der billigen Umsicht der Gerichte überlassen. In seinen Bereich fällt die zahlreiche und vielgliederige Klasse der Nebenbehelfe, welche einer Verhandlung einverwebt oder aufgespickt sind, wie namentlich Urkunden dritter Personen, welche durch ein sicheres Datum nicht beweiskräftig sind, einfache Zeugnisse [22]), Briefschaften und Correspondenzen unter den Theilen oder mit Dritten, öffentliche Bekanntmachungen, Anschläge am schwarzen Brette oder

---

22) Boncenne bemerkt T. II. Nr. 256: „Bei uns finden die Privatzeugnisse nicht mehr dieselbe Gunst, wie bei den Römern die testimonia, quae recitari solent; man läßt dergleichen Produkte einer unverbürgten Gefälligkeit oder einer schamlosen Zudringlichkeit nicht mehr unter den Beweismitteln gelten." — In der Praxis werden indessen nicht seltenen Zeugnisse dieser Art über Leumund, Gesundheitszustände und andere bestrittene Punkte zum Vorschein gebracht, und wie es scheint, auch in ernstlichen Betracht gezogen. (Anh. I. Nr. 227, 325.)

an der Mauer, notirte Marktpreise, Druckschriften, bildliche Darstellungen, Curs- und andere Notizenblätter, eigene Aufzeichnungen oder beigeschriebene Noten des Inhabers einer Urkunde, Erhebungen in gerichtlichen oder administrativen Vorakten, Voruntersuchungen und andere amtliche Nachforschungen, u. dgl. m., deren Aechtheit und Werth für die Sache zu bemessen, die Gerichte mit einer billigmäßigen Amtsgewalt betraut sind, welche sich auch darauf erstreckt, den Besitz oder Nichtbesitz einer Urkunde, die Hände, worin sie sich vorfindet, das Zufällige oder Absichtliche ihres Verschwindens, die Zurückgabe an den Aussteller und die Absicht, in der solche geschah, mit zur gelegenheitlichen Betrachtung zu ziehen[23]). Dahin gehört ebenso die Frage, ob etwas eine schriftliche Bescheinigung und als solche genügend sei oder nicht; nur für eine Art derselben, die Bescheinigung, welche erforderlich ist, den Zeugenbeweis über Gegenstände zulässig zu machen, wofür der Urkundenbeweis die Regel bildet, hat der Art. 1347 C. N. eine Schrift erfordert, welche von dem Gegner oder seinem Rechtsvorfahrer ausgegangen ist[24]). Diese Nebenbehelfe sind denn auch in der Art ihrer Einführung und ihres Gebrauches nicht so strenge an die Formen des Urkundenbeweises und die vorgängige Mittheilung gebunden, sondern ein nachsichtsvoller Gerichtsgebrauch läßt sie überall noch vorschützen, wo sich ein Anlaß dazu ergibt, namentlich bei der mündlichen Verhandlung der Sache, was sich bereits oben im IV. Abschnitte (S. 163) erwähnt findet[25]).

---

23) So oft in den Entscheidungsgründen les documens et pièces de la cause, die Urkunden und übrigen Schriftstücke des Falles neben einander erwähnt sind, scheinen unter den letzteren dergleichen schriftliche Nebenbehelfe gemeint zu sein.

24) An diesem Begriffe festhaltend, haben die Gerichtshöfe z. B. entschieden, die Aussage eines Zeugen in einer Voruntersuchung (wo er sie unterzeichnet hat), sei ein commencement de preuve par écrit, die summarische Note des Gerichtsschreibers über seine mündliche Aussage aber nicht. Im ersten Falle hat sie auch ein Richter aufgenommen.

25) Bonnier in seinem Traité des preuves bemerkt unter Andern als hieher bezüglich: Nr. 582. „Nicht unterzeichnete Privaturkunden haben nur in einzelnen bestimmt begränzten Fällen eine regelmäßige Beweiskraft, außer dessen sie zu blosen Anzeigungen herabsinken.“ Nr. 653. „Die Gerichte haben eine billigmäßige Amtsgewalt, um zu bestimmen, was eine schriftliche Bescheinigung bilde.“ Nr. 655. „Die Richter haben eine billigmäßige Amtsgewalt, um zu verordnen, daß häusliche Aufzeichnungen der Theile, wenn deren Vorhandensein nicht bezweifelt werden kann, ihnen vorgelegt werden.“

2) Für die Erhebung und Einflechtung des Urkundenbeweises in ein zusammenhängendes Verfahren bietet der französische Prozeß zweierlei Formen dar, die gewöhnliche in den meisten Fällen vollkommen ausreichende der einfachen Mittheilung, und den nur sehr selten betretenen Weg eines förmlichen Beweisverfahrens, wenn sich Anstände über die Aechtheit ergeben, d. i. die Führung eines Aechtheits- oder Fälschungsbeweises, wovon die Titel 10 und 11 im II. Buche der Prozeßordnung handeln. Jene erste Form kam bereits oben im III. Abschnitte (S. 64) im Vorübergehen zur Sprache; die Grundregel für den Urkundenbeweis besteht darin: Er wird in und mit der ersten Verhandlung der Sache selbst geführt und macht dadurch jeden Uebergang zu einem förmlichen Beweisverfahren überflüssig; die Urkunden des Falles werden sich in Abschrift als Beilagen der ersten Prozeßschriften gegenseitig mitgetheilt, bleiben hier ohne alle Beanständigung, werden dann in der öffentlichen Sitzung im Laufe der mündlichen Verhandlung vorgelesen, die Originalien, wo es Noth thut, dem Gerichte vor Augen gelegt, auf welcher Grundlage sofort unaufgehalten das Urtheil in der Sache erfolgt; ist dann noch ein Zeugenbeweis zur Ergänzung erforderlich, so wird auf ihn erst in einem zweiten und abgesonderten Abschnitte des Verfahrens übergegangen [26]). Alles, was nach einer natürlichen Betrachtung der Gegner desjenigen, der sein Recht auf eine Urkunde gründet, verlangen kann, besteht darin, sie in Abschrift mitgetheilt zu erhalten und das Original einsehen zu können; für beides ist auch hinlängliche Vorsorge getroffen. Nach Art. 65 C. Pr. hat der Kläger gleich mit der ersten Ladung Abschriften oder Auszüge der Schriftstücke, deren er sich zur Begründung bedienen will, seinem Gegner in die Hände zu bringen; nach Art. 77 hat der Beklagte mit seiner Antwort das Anerbieten zu verbinden, die Original-Urkunden, worauf er seine Vertheidigung zu stützen gedenkt, entweder auf gütlichem Wege durch Mittheilung von seinem Anwalte an den des Klägers, oder durch Hinterlegung auf der Gerichtskanzlei (d. i. durch Uebergabe in die Registratur) seinem Gegner zur Einsicht vorzulegen. Hiemit geschieht im Grunde nichts Anderes, als was die bayer. GO. K. IV. §. 12 und K. XI. §. 5 Nr. 1 mit den Worten

---

26) Boncenne bemerkt hierüber T. I. Nr. 28: „Unter den Erfordernissen (welche der Art. 61 zu einer Ladung aufstellt) fehlt noch etwas, nämlich die Abschrift der Urkunden, worauf die Klage sich gründet. Denn wie wäre es außerdem möglich, dieselben zu diskutiren, ihren wahren Sinn zu entwickeln, sie abzuläugnen oder als falsch zu erklären?"

verordnete, Dokumente, worauf man sich in der Klage, Antwort, Re- und Duplik bezieht, sollten gleich abschriftlich mit beigelegt werden. Allein von nun an tritt gleich auf dem nächsten Schritte eine sehr merkliche Abweichung in dem Verfahren beider Länder ein. Fast in allen Fällen ohne Ausnahme erklärt der bayer. Fürsprecher oder Beklagte, diese Urkunden würden vorläufig nicht anerkannt, sondern es werde sich die Erklärung darüber bis zu ihrer einstigen Originalproduktion vorbehalten; höchstens in einem Falle unter zwei oder drei hunderten macht der französische Sachwalter eine Schwierigkeit, jenes Anerkenntniß offen und vertrauensvoll sogleich stillschweigend von sich zu geben. Er nimmt die mitgetheilten Urkunden seines Gegners als eine bekannte und plane Sache an, wie sie es auch immer sind, denkt nicht daran, diesen als einen Falsarius zu beinzichten, läßt sie für das gelten, wofür sie sich ausgeben, diskutirt ihren Inhalt ohne Vorbehalt und gibt dadurch in unzweideutiger Weise ihre Aechtheit zu, womit alles weitere Verfahren über diesen Punkt als nutzlos abgeschnitten ist. Die Regel der bayer. GO., daß die in der ersten Antwort nicht beanständete Urkunde für anerkannt gelte, findet sich in der franz. Pr.-O. nirgends ausdrücklich aufgestellt, in der Praxis ist dieselbe jedoch als eine selbstverständliche Consequenz nicht dem geringsten Zweifel unterworfen; denn Jedermann weiß ja, daß derjenige, dem man eine falsche Urkunde als Behelf einer Prozeßhandlung mittheilen wollte, auf der Stelle durch einen lebhaften Ausbruch seines Erstaunens dagegen protestiren und den Zwischenfall mit allen sich ihm darbietenden Hilfsmitteln zur Untersuchung bringen würde. Nur daraus, daß der Art. 188, welcher sogleich zur Sprache kommen wird, jeder Partei erlaubte, die Einsicht der Originalien binnen der nächsten drei Tage von dem Zeitpunkte an zu verlangen, wo eine Schrift gegen sie benützt oder ihr mitgetheilt wird, läßt sich schließen, daß nach Verlauf jener kurzen Frist ein solches Verlangen nicht mehr stattfinde, die Urkunde daher für anerkannt gelten müsse[27]).

Wenn etwa eine neue deutsche Prozeßordnung jene Freiheit, die Urkunden anzuerkennen oder nicht, als die Ausübung eines legitimen Prozeßrechtes eben so ungehindert offen halten und unbeahndet hingehen lassen wollte, wie solches bisher der Fall war,

27) Schlink bemerkt Bd. II. §. 340 Nr. 3: „Wer im Laufe des Prozesses eine Privaturkunde producirt, braucht nicht zu beantragen, daß sein Gegner sie anerkenne oder das Gericht sie für anerkannt halte, sondern es ist die Sache der Gegenpartei, sie förmlich (und von selbst) zu bestreiten."

so würden gleich vom Anfange an die weisen Bestimmungen der französischen Gesetze über den Gebrauch der Urkunden im Prozesse in die bisherigen Mißbräuche umschlagen und für die Förderung der Sache auch nicht das Mindeste gewonnen sein[28]).

3) Da nun aber dennoch zuweilen Fälle vorkommen, in denen der Widersacher ein ernsthaftes und gegründetes Interesse daran hat, die Urschrift einer Urkunde einzusehen, und von dem Anerbieten Gebrauch zu machen, welches der Art. 77 C. Pr. nur dem Beklagten auferlegt, welches sich aber für den Kläger nach Art. 65 stillschweigend von selbst versteht, so hat die Pr.-O. in Art. 188 bis 192 hiefür als Incidentpunkt ein präparatorisches Verfahren vorgezeichnet, worin sich sehr summarisch die ganze Analogie des deutschen Produktionsverfahrens erschöpft. Derjenige, dem eine Urkunde in Abschrift mitgetheilt, oder gegen welchen sonst, z. B. in der mündlichen Verhandlung davon Gebrauch gemacht wird, kann binnen der nächsten drei Tage die Einsicht des Originals verlangen. Diese wird auf zweierlei Weise bewirkt, entweder dadurch, daß der Anwalt des Gegners dem seinigen, — denn beide sind verpflichtete und gerichtliche Hilfsbeamten, — das Original binnen drei Tagen gegen einen Empfangschein zusendet, was er ihm dann binnen der nächsten drei Tage, wenn nicht das Gericht ausnahmsweise eine längere Frist bewilliget hat, zurückgeben muß, und wozu der empfangende Anwalt selbst mittels Personalarrest angehalten werden kann; — oder, wenn er etwa mißtrauisch Bedenken trägt, diesen kurzen Weg zu wählen, dadurch, daß er sein Original auf der Gerichtskanzlei hinterlegt, wo die Einsicht im Beisein des Gerichtsschreibers genommen werden kann, eine Hinausgabe aber durchaus verboten ist, außer von Urkunden, von denen ein Mutterprotokoll (minute) bereits in obrigkeitlichen Händen ist, wie z. B. von dem Instrumente eines Notars. Daß diese Vorlage und Einsicht zugleich in dem amtlichen Beisein eines Richters geschehe und mit einer Verhandlung über die Anerkennung oder Abläugnung, die Mängel und den erheblichen Werth der Urkunde verbunden werde, wie im deutschen Produktionsverfahren, dazu ist nirgends ein ge-

28) Daß der Mißbrauch der Difessionen sich früher auch im französischen Prozesse eingeschlichen hatte, ist zu ersehen aus Boncenne T. II. Nr. 188: „Die Anführungen der Fälschung waren früher so häufig geworden, daß der größte Theil der Schuldner sich ihrer bediente, um die ihnen drohende Verurtheilung nur hinauszuschieben, und den Zahlungstag in eine weite Ferne zu rücken, — morandae solutionis gratia.“

nügender Anlaß gegeben; diese Art von Produktion gleicht weit mehr jener Vorbereitung, welche ein deutscher Anwalt sich dadurch verschafft, daß er die Vorakten oder herausgegebenen Gutsrechnungen in Gegenwart eines Registrators einsieht. Das ganze Verfahren behandelt die Pr.=O. als einen Zwischenpunkt oder eine Voreinrede für die Hauptverhandlung, welche den Termin, innerhalb dessen die nächste Antwort und also die Erklärung über die Urkunde zu erfolgen hätte, einstweilen stille stellt. Alles dieses ist noch nicht Beweisverfahren, und geschieht ohne alle Einwirkung des Gerichtes vor jeder amtlichen Verhandlung, kann indessen natürlich auch in der zweiten Instanz vorkommen, wenn dort mit der Appellationsschrift erst neue Urkunden beigebracht werden. Für den Fall einer schriftlichen Instruktion des Prozesses haben zwar die Art. 96—103 C. Pr. noch ein umständlicheres Produktionsverfahren vorgezeichnet und dem Schriftenwechsel mit einverleibt, welches aber, wie so ziemlich das ganze schriftliche Verfahren selbst von der Jurisprudenz außer Uebung gesetzt ist und daher auch in der Wirklichkeit nicht mehr vorkömmt [29]).

4) Zur Ergänzung oder Erübrigung eines Produktionsverfahrens, besonders für die Gerichte selbst, dient überdies noch auf der einen Seite nicht blos die freiwillige Vorlage der Originalien in der öffentlichen Sitzung, sondern auch auf der anderen die Befugniß der Richter, sich dieselben zustellen zu lassen oder ihre Hinterlegung auf dem Gerichtstische zu verordnen. Verweigert eine Partei diesem Auftrage die schuldige Folge, so wird die Sache auf der Grundlage der von der anderen übergebenen entschieden, d. h. die erste wird mit den ihrigen präcludirt. Art. 13, 93 u. 94 C. Pr.

---

29) Boitard bemerkt hierüber a. a. O. Nr. 413: „Die Abschrift, welche der Kläger dem Beklagten mit der Ladung von den Klagsbeilagen zustellen läßt, muß von dem Anwalte des Klägers beglaubiget sein; der Beklagte kann aber ein großes Interesse haben, sich persönlich von der Aechtheit und Uebereinstimmung zu überzeugen; er darf daher die Einsicht des Originals verlangen. Dieses Recht steht dem Gegner in allen Fällen zu, worin ihm eine neue Urkunde in Abschrift als Beilage zugestellt wird." — Nr. 414 erwähnt derselbe Autor die zweifache Form jener Vorlage, deren erste die Mittheilung von Anwalt zu Anwalt ist. „Handelt es sich aber, wird dann fortgefahren, um ein kostbares Aktenstück, um ein einziges Original, um ein Schuldbekenntniß, wovon kein Mutterprotokoll besteht, so daß die Unterschlagung oder der Verlust dem Kläger den größten Nachtheil zufügen könnte, so kann die Partei, welche ein solches Original besitzt, verweigern, dasselbe aus Händen zu geben, und dann findet die Vorlage und Verstattung der Einsicht auf der Gerichtskanzlei statt."

Hierin findet sich etwas ähnliches mit dem, was die bayer. GO. K. XI. §. 5 Nr. 8 verordnet, wenn der Richter ex officio oder ad instantiam nochmalige und weitere Einsicht von dem Originaldokumente zu nehmen für nöthig finde, so könne die abermalige Produktion nicht verweigert werden [30]).

Uebrigens ist selbst die mündliche Verhandlung der Sache und das darauf gebaute erste Urtheil noch nicht strenge präclusiv für den Gebrauch schriftlicher Urkunden. Wird in der Sache ausnahmsweis ein ordentlicher Zeugenbeweis zugelassen, so erstreckt sich dieses weitere Gehör meistentheils auch noch auf die Vorlage weiterer Urkunden, die etwa früher außer Acht geblieben sein könnten; die Partei wird alsdann auf ihre Bitte ermächtiget, à prouver par témoins *et par titres*... [31]). In der Anwendung beschränkt sich jedoch dieses Auskunftsmittel meistens nur auf solche Fälle, in welchen ein mittelbarer oder künstlicher Beweis aus Thatumständen und Vermuthungsgründen versucht wird, so daß die Schriftstücke, welche direkt auf das streitige Faktum Bezug haben, im ersten Verfahren, jene dagegen, welche blos Anzeigungen beweisen sollen, erst mit dem Zeugenbeweise zur Vorlage kommen.

5) Nach allem Dem kömmt erst das eigentliche Stadium des förmlichen Urkundenbeweises heran, wenn nämlich eine Partei sich weigert, die ihr mitgetheilte Privaturkunde anzuerkennen, oder wenn dieselbe eine öffentliche oder auch eine vielleicht früher von ihr anerkannte Privaturkunde wieder als falsch anfechten will, und hierüber die nöthige Erklärung entweder schon vor, oder während der mündlichen Verhandlung der Sache von sich gibt. In beiden Fällen ist eine wahre und außerordentliche Incidentklage veranlaßt, welche den Hauptprozeß ebenso durchkreuzt und seinen Fortgang meistens stille stellt, wie die Editions- und Restitutions-

30) Englisches Recht. Hierüber bemerkt Rüttimann a. a. O. §. 242: „Die Praxis, das Profert (d. i. die Produktion) einer Urkunde in öffentlicher Sitzung zu erklären, und die Anhörung derselben (oyer) zu verlangen, ist uralt und hängt mit dem ehemaligen Systeme der Parteihandlungen viva voce zusammen. Gegenwärtig hingegen wird ein solches Aktenstück weder dem Gerichte eingelegt noch vorgelesen, sondern in dem Profert liegt das Anerbieten, die Urkunde der Gegenpartei unter Vorweisung des Originals in Abschrift mitzutheilen."

31) Wie in diesem Falle der förmlich zugelassene Beweis durch Urkunden zu führen sei, ist von der Pr.-O. nicht angegeben, auch keine Frist dafür vorgesteckt. Das einfachste Mittel ist wohl auch hier wieder die Mittheilung von Anwalt zu Anwalt.

gesuche im deutschen gerichtlichen Verfahren. Von beiden Fällen handeln die Art. 193—251 der Pr.-O. in zwei aufeinanderfolgenden Titeln abgesondert; im ersten derselben kann der Aechtheitsbeweis — la vérification d'écritures —, im zweiten der Fälschungsbeweis — le faux incident civil — zu Hilfe genommen und durchgeführt werden. Von beiden ist daher eine allgemeine Andeutung des Verfahrens zu geben, wie dasselbe normalmäßig seinen Verlauf nimmt.

6) Von den ersten jener beiden Proceduren bemerkt **Boitard** a. a. O. Nr. 418: „Der Aechtheitsbeweis von Privaturkunden kann in zweierlei Formen auftreten, entweder als Incidentpunkt im Laufe einer schon anhängigen Streitsache, oder als ein principales Mittel, um die Gewißheit über die Aechtheit einer Urkunde für alle denkbaren Fälle ihres Gebrauches gleich von vorne herein festzustellen. — Die Art. 193 ff. C. Pr. scheinen (indessen) nur den letzten dieser Fälle vor Augen zu haben." Nr. 419. „Jener principale Antrag auf die Aechtheitserklärung einer Urkunde führt insbesondere zwei Zwecke im Auge, a) um für den Fall, daß der Aussteller einer Privaturkunde sterben sollte, sein Anerkenntniß der Aechtheit im Voraus versichert zu haben, und b) um auf dem Grunde des Urtheiles, welches die Aechtheit ausspricht, einen gerichtlichen Hypothekentitel (pignus praetorium) zu erlangen. Art. 2123 C. N."

Das Verfahren richtet sich hiebei nach folgenden Regeln: Der Inhaber der Urkunde als Kläger in diesem Zwischenpunkte läßt seinen Gegner in der gewöhnlichen Form vorladen, d. i. auffordern, sich binnen drei Tagen bei Vermeidung des Anerkenntnisses über die Urkunde förmlich zu erklären; wenn sich dieser nicht erklärt, so gilt die Schrift für anerkannt; wenn er sie ausdrücklich anerkennt, wird solches dem Kläger beurkundet, was man in einem deutschen Urtheile etwa so ausdrücken würde, es habe bei der Erklärung des Beklagten, die Klagsbeilage sei ächt, sein Bewenden. In beiden Fällen ist das Verfahren hiemit beendiget[32]). Wenn aber der Gegner die ihm beigelegte Unterschrift abläugnet, oder was dasselbe ist,

32) Carré macht zu diesem Titel der Pr.-O. die einleitende Bemerkung: „Jedem Aechtheitsbeweise muß nothwendig eine Klage auf Anerkennung der betreffenden Urkunden in ausdrücklicher oder in selbstverständlicher Weise vorhergehen. Das letztere aus dem Grunde, weil jede Produktion einer Privaturkunde im Laufe einer Instanz schon von selbst eine Incidentklage auf deren Anerkennung in sich begreift, indem sie dem Produkten dieselbe Verpflichtung zur Erklärung auferlegt, und auch dieselben Erfolge herbeiführt, wie eine ausdrückliche Klage."

wenn er die eines Dritten nicht zu kennen vorgibt, so kann der Aechtheitsbeweis hierüber sowohl durch Urkunden als durch Sachverständige und Zeugen verordnet werden. Diese Fassung des Art. 195 C. Pr. ist eine beachtenswerthe und folgenreiche Neuerung; denn der Art. 1324 des älteren C. N. hatte gesagt, wenn eine Partei ihre Schrift oder Unterschrift abläugne, so sei der gerichtliche Beweis ihrer Aechtheit zu verordnen — la vérification en *est* ordonnée en justice[33]). Das Urtheil, welches diese Probe zuläßt, verordnet, daß hiezu drei Schreibverständige beizuziehen seien, die es selbst von Amtswegen ernennt, wenn sich die Theile nicht zum Voraus über ihre Wahl verständiget haben; dasselbe ernennt überdies einen Richtercommissär zur Leitung des Verfahrens und verordnet, daß die in Frage gestellte Urkunde bei Gericht zu hinterlegen sei. Binnen der nächsten drei Tage kann sofort der Gegner die Urkunde nochmals einsehen. In einer vom Richtercommissär zu bestimmenden Tagsfahrt haben sich die Theile über die Vergleichungsstücke zu einigen, d. i. über Schriften, die ganz entschieden von dem vorgeblichen Aussteller geschrieben sind; erscheint hiebei der Inhaber der Urkunde nicht, so wird letztere verworfen; erscheint der Gegner, d. i. der Produkt nicht, so kann sie vom Richter für anerkannt gehalten werden[34]). Erscheinen zwar beide Theile, sie können sich jedoch über

33) Bonnier a. a. O. bemerkt hierüber Nr. 623: „Um den Zweck besser zu erreichen, einer schamlosen Verläugnung von Privaturkunden vorzubeugen, hat die Genfer Prozeßordnung vorgeschrieben, daß bei einem solchen Anlasse die Partei immer in Person erscheinen und sich über die Urkunde erklären müsse.“ Boncenne T. II. Nr. 171 bemerkt über denselben Punkt: „Der böse Glaube ermuthiget sich nur im Schatten, allein er weicht oft erschrocken zurück vor dem Tageslichte einer öffentlichen Sitzung und dem Mißbehagen eines persönlichen Erscheinens. Diese Betrachtungen sind auch den Verfassern der Genfer Prozeßordnung nicht entgangen. Ihr Titel vom Aechtheitsbeweise legt den Parteien die Verpflichtung auf, persönlich vor dem Gerichte zu erscheinen, und hier ihr Gewissen einer öffentlichen und feierlichen Ausfragung zu unterwerfen. Kein Zaudern ist demjenigen bewilliget, welcher die ihm beigelegte Schrift oder Unterschrift abläugnet. Seine Weigerung, sich darüber zu erklären, gilt für ein Zugeständniß; die Urkunde wird dann von dem Richter anerkannt. Gleich auf der Schwelle die Benützung falscher Schriften zu verhindern, selbst der Versuchung dazu vorbeugen, die Ueberstürzung und Leichtfertigkeit der Diffessionen und Anerbietungen zum Fälschungsbeweise vermeiden, dieses ist der Zweck des Gesetzes, sagte der gelehrte Berichterstatter (in Genf).“

34) Boncenne T. II. Nr. 178 bemerkt: „Der Richter, welcher nach Art. 199 die Schrift für anerkannt halten kann, wenn der Produkt auf die Ladung des Instruenten nicht erscheint, um sich über die Vergleichungsstücke zu vereinigen, ist offenbar das ganze Gericht, und nicht der Richtercommissär selbst.“

die Vergleichungsstücke nicht vereinigen, so ist genau bestimmt, welche Urkunden der Richter als solche gelten zu lassen habe, und mit welchen Vorsichtsmaaßregeln sie beizuschaffen seien [35]). Zu einer weiteren Tagsfahrt werden nun die drei Sachverständigen vorgeladen und ihnen die Urkunde vorgelegt, worauf sie ein gemeinsames Gutachten über den streitigen Befund abzugeben haben; weicht eine Stimme ab, so ist solches zu bemerken, ohne jedoch den Namen der Person dabei zu nennen. Als Zeugen können nicht blos Personen vernommen werden, welche die Urkunde von ihrem Aussteller schreiben oder unterzeichnen sahen, sondern auch solche, welche andere Umstände bestätigen, die zur Entdeckung der Wahrheit beitragen können; hiefür sind die Regeln vom Zeugenverhör zu beobachten [36]). Wie der Aechtheitsbeweis durch Urkunden zu führen sei, darüber sind keine besonderen Vorschriften gegeben [37]). Wird bewiesen, daß die Urkunde von demjenigen, der sie abläugnete, wirklich geschrieben oder unterzeichnet sei, so wird derselbe in 150 Fr. Geldbuße, in alle Kosten des Zwischenpunktes und eine angemessene Schadloshaltung für die Gegenpartei verurtheilt; auch können nicht nur diese, sondern die Hauptforderung selbst seiner Zeit mittels Verhängung des Personalarrestes beigetrieben werden. Die Ergebnisse dieser ganzen Erhebung werden in öffentlicher Sitzung verhandelt und in einem Urtheile ausgesprochen, welches aber nach Umständen auch mit dem Endurtheile verbunden werden kann, wenn die Hauptsache zu gleicher Zeit spruchreif ist [38]).

35) Boncenne T. II. in einer Note zu Nr. 173 führt mehrere Erkenntnisse an, wonach abgelehnte Urkunden zur Schriftenvergleichung immer wieder den Gerichten vorgelegt werden können, pour y avoir tel égard que de raison, gleichwie ein Schwurgerichtspräsident einen sich verbetenen Zeugen dennoch als Auskunftsperson unbeeidiget vernehmen kann.

36) Durch Zeugen allein kann dagegen der Inhalt des Dokumentes nicht erst bewiesen werden, was kein Aechtheitsbeweis mehr wäre. Boncenne bemerkt hierüber T. II. Nr. 171: „Man kann doch nicht annehmen, der Gesetzgeber habe sein eigenes Werk wieder zerstören, die ganze Sparsamkeit des Civil-Gesetzbuches bezüglich des Zeugenbeweises umstoßen und erlauben wollen, daß eine Verbindlichkeit, welches auch immer ihr Gegenstand oder Werth sein möge, unter dem Vorwande eines Aechtheitsbeweises von einigen Zeugen festgestellt oder zerstört werden könne."

37) Boitard bemerkt als hieher gehörig a. a. O. Nr. 428: „Die drei Mittel, die Aechtheit zu beweisen, als Urkunden, Schriftenvergleichung und Zeugenverhör können vom Gerichte zugleich und nebeneinander verordnet werden; dasselbe hat aber auch die Wahl, nur eines derselben zuzulassen."

38) Es versteht sich hiebei von selbst, daß das Gericht an die Gutachten der

7) Der Fälschungsbeweis für öffentliche Urkunden ist noch mit einigen weiter aussehenden Förmlichkeiten complicirt, welche ihren Ursprung zum größten Theile einer alten Ordonnanz von 1737 verdanken und von da aus in die Prozeßordnung mitübergingen[39]. Die Fälschung selbst ist entweder eine körperliche — faux materiel — wie namentlich eine falsche Unterschrift, ein nachgeahmtes Siegel oder eine Veränderung an dem Inhalte einer Urkunde durch Erhöhung der eingestellten Summe u. dgl. m., oder sie ist eine blos intensive — faux intellectuel oder substantiel genannt —, wenn eine in der Form ganz ächte Urkunde falsche Umstände bekräftiget, z. B. wenn das Sitzungsprotokoll eines Strafgerichtes einen Zeugen unter dem Eide deponiren läßt, der nicht wirklich beeidiget wurde, wenn eine Notariatsurkunde Personen als gegenwärtig vorträgt, die abwesend waren; wegen dieser beiden Arten von Unwahrheit kann ein Fälschungsbeweis geführt werden. Die Procedur selbst heißt faux principal, wenn eine Anklage wegen Fälschung vor einem Strafgerichte verfolgt wird, und faux incident, wenn dieser Punkt blos in einer anderen Verhandlung zur gelegenheitlichen Erörterung kömmt; ist diese eine Civilsache, so heißt das Verfahren *faux incident civil*, dem wieder ein faux incident criminel an der Seite steht, wenn z. B. ein Beschuldigter sich mit Hilfe einer gefälschten Urkunde zu vertheidigen sucht[40].

Sachverständigen nicht gebunden ist. Auch nach österreich. Prozesse ist der Richter bei der Entscheidung über eine Schriftenvergleichung an die Meinung der Schreibverständigen nicht gebunden. Beidtel's ordentl. Verf. §. 178.

39) Boncenne T. II. Nr. 188 bemerkt über diesen Gegenstand im Allgemeinen: „Der (angebotene) Fälschungsbeweis ist nicht etwa eine blose Voreinrede, sondern eine peremptorische Einrede; diese letztere steht in jedem Stande der Sache offen, und gegen jede Urkunde, welche zugestellt, mitgetheilt oder sonst zum Vorscheine gebracht wird."

40) Vergl. hierüber Rogron Code de Proced. expl. zu Art. 214; — Berriat St. Prix, Cours de Proced. civ. zu faux incident civil; — Boitard, welcher a. a. O. Nr. 447 und 448 drei Hauptfälle der Inscription de faux aufzählt, a) um eine öffentliche Akte, eine Civilstandsurkunde, ein Notariatsinstrument, Urtheil oder Protokoll als materiell gefälscht darzustellen, sei es nun, daß die ganze Urkunde falsch angefertiget, oder eine ächte nur durch Veränderungen verfälscht wurde, — materielle Falschheit; b) die formelle Fälschung, wenn in einer ganz ächten Urkunde falsche Umstände vorgetragen und bestätiget sind, z. B. die Anwesenheit einer Person, die Identität eines Testators, der am nämlichen Tage in weiter Ferne abwesend war, die Verfügung eines Testamentes, die der Erblasser dem Notar nicht wirklich angegeben hatte; c) in dieser zweifachen Voraussetzung gehört noch hieher der Fälschungsbeweis einer bereits als ächt an=

Für das betreffende Verfahren sind folgende Regeln vorgezeichnet:

a) Eine Partei, die behauptet, daß eine im Laufe der Sache ihr zugestellte, mitgetheilte oder wie immer gegen sie zum Vorschein gebrachte Urkunde falsch oder gefälscht sei, kann, wenn die Sache dazu angethan ist — s'il y échet —, zugelassen werden, sich in ein Fälschungsregister einzuschreiben, d. h. der Sache nach, das Verfahren anzumelden, einzuleiten und bis an's Ende durchzuführen, um die Falschheit der Urkunde zu beweisen [41]).

b) Vor allem weiteren Vorschreiten hat jedoch der Widersacher des Inhabers der fraglichen Urkunde den letzteren aufzufordern, sich binnen acht Tagen zu erklären, ob er sich derselben bedienen wolle, indem er für diesen Fall gesonnen sei, sie als falsch anzufechten. Läßt dieser sie bestimmt fallen, so verliert er natürlich ihren Gebrauch für immer; erklärt er sich gar nicht, so kann der Kläger auf Fälschung das Gericht ersuchen, dieselbe als Beweismittel zu verwerfen; in beiden Fällen ist der Zwischenpunkt damit beendiget [42]). Dem Kläger bleibt überdies ausdrücklich vorbehalten, aus einem so zwei-

---

erkannten oder dafür erklärten Privaturkunde, weil sie durch das Anerkenntniß dieselbe Kraft erlangte, welche eine Rechtsvermuthung der öffentlichen Urkunde gleich von vorne herein beilegte. — Auch Carré in seiner Einleitung zu L. II. Tit. 11 der franz. Pr.-O. erklärt den Unterschied des faux materiel und intellectuel in gleicher Weise. — Boncenne T. II. Nr. 182 gibt folgende Definition der Urkundenfälschung: „Die Schrift oder Unterschrift von öffentlichen oder Privatpersonen nachahmen, falsche Verträge, falsche Versprechungen, falsche Testamente anfertigen, wahrhafte Urkunden durch Rasuren, Zusätze oder Zwischenschriften verändern, — oder auch in einer Urkunde Zustimmungen unterstellen, welche nicht gegeben wurden, oder Förmlichkeiten, welche nicht beobachtet sind, oder andere Umstände, welche nicht stattgefunden haben, — das Alles heißt eine Urkundenfälschung begehen."

41) Der conventionelle Ausdruck s'inscrire en faux und inscription de faux stammt aus Constit. 2 des Cod. Theod. ad leg. Corn. de falsis, wo es heißt: quamvis *inscriptionis* necessitas accusatori de falso remissa sit. Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 528; Boitard a. a. O. Nr. 446; Boncenne T. II. Nr. 187. — Nach demselben Autor ließ die Const. 13 l. c. nur die Wahl zwischen der straf- und privatrechtlichen Verfolgung einer Fälschung.

42) Boncenne T. II. Nr. 196 bemerkt zu dem hieher einschlägigen Art. 217 C. Pr.: „Die Verwerfung der Schrift, wenn der Producent, dazu aufgefordert, sich innerhalb der Frist nicht erklärt, auf ihrem Gebrauche zu beharren, kann wohl von dem Fälschungskläger beantragt werden; allein diese Verwerfung wird durch den Umstand noch keineswegs nothwendig, daß sie verlangt ist, sondern es muß erst darüber geurtheilt werden, mit Vorbehalt aller ordentlichen Rechtsmittel gegen ein solches Urtheil."

deutigen Benehmen alle der Sache angemessenen Folgerungen zu ziehen, dem Richter also auch, dieselben auszusprechen [43]). Erklärt er sich aber, bei dem Gebrauche des Dokumentes zu beharren, so hat nun der Kläger auf der Gerichtskanzlei in Person oder durch einen Specialbevollmächtigten förmlich anzuzeigen, daß er den Fälschungsbeweis zu führen beabsichtige, zu welchem Ende er seinen Gegner in die Sitzung vorladen läßt, um dort den Beweis für statthaft erklären und zu seiner Erhebung einen Richtercommissär ernennen zu lassen.

c) Ist dieses geschehen, so hat der Fälschungsbeklagte, d. h. der Inhaber die in Frage stehende Urkunde binnen der nächsten drei Tage von Zustellung dieses Urtheiles an (des ersten in dem Zwischenverfahren, des eigentlichen Interlokutes) bei Gericht zu übergeben, widrigenfalls er damit ausgeschlossen wird. Besteht ein Mutterprotokoll von der nämlichen Urkunde, so muß solches beigeschafft werden; doch kann das Gericht in reifer Umsicht der Verhältnisse auch verordnen, daß das Verfahren ohne diese Beischaffung fortgesetzt werde.

d) Ist die Uebergabe dieses Originals erfolgt, so nimmt der Richtercommissär im Beisein der Theile und des Staatsanwaltes ein Protokoll über den Zustand der Urkunde auf, worin alle Rasuren, Zwischenschriften, Veränderungen, kurz alle Umstände, welche die verdächtige Stelle hervorzuheben geeignet sind, genau beschrieben werden. Der Kläger kann bei derselben Gelegenheit die Urkunde genau untersuchen.

e) Binnen acht Tagen von diesem Protokolle an muß dann der Kläger (d. h. immer derjenige, der die Fälschung behauptet) seine Behelfe und Beweismittel dem Gegner zustellen lassen, und dieser binnen einer gleichen Frist darauf antworten; im Falle eines Saumsales hiemit kann die Urkunde dort für ächt erklärt, hier als falsch verworfen werden.

f) Sind aber diese beiden Schriften gewechselt, so können die Theile in den nächsten drei Tagen die Zulassung oder Verwerfung der Beweismittel, oder auch ihre Verbindung mit dem Hauptverfahren in der Sitzung des Gerichtes ausführen und beantragen. Läßt

43) Boncenne T. II. Nr. 199 bemerkt hiezu: „Das bildet noch ein mächtiges Interesse für den Kläger, den Fälschungsbeweis zu betreiben und die Fälschung gerichtlich feststellen zu lassen, um daraus im Nothfalle alle Folgerungen über das Thatsächliche wie im Rechtspunkte gegen andere Anführungen und Behelfe zu ziehen, welche seine Vertheidigung zu bekämpfen nöthig findet.“

das Gericht die Behelfe zu, so bezeichnet es dieselben in seinem Urtheile (dem zweiten in dem Incidentpunkte, dem Relevanzbescheide) ausdrücklich und ernennt zugleich von Amtswegen die Sachverständigen zur Schriftenvergleichung [44]). Der Zweck, der Gang und das ganze Verfahren bei dieser Beweisführung sind so ziemlich dieselben, wie bei dem oben dargestellten Aechtheitsbeweise.

g) Ist die Erhebung der Beweise vollendet, so wird das Urtheil darüber in öffentlicher Sitzung (das dritte und letzte für den Incidentpunkt) durch einen einfachen Antrag betrieben. Es kann hiebei auch eine Verweisung an das zuständige Strafgericht, aber kein Vergleich über das Falsum erfolgen, den das Gericht nicht gut hieße. Unterliegt der Kläger, so sind die Folgen für ihn dieselben, wie im umgekehrten Falle bei dem gelieferten Aechtheitsbeweise für den Beklagten; die Geldstrafe steigt hier auf 300 Fr. Diese Strafe soll indessen nicht verwirkt sein, wenn die Klage auf Probe der Fälschung „von dem Gerichte nicht zugelassen wurde." Art. 248 C. Pr.

h) Ist die Hauptsache spruchreif, so kann ihre Entscheidung damit verbunden werden. Wird aber die Urkunde für falsch erklärt, und deshalb ihre Vernichtung verordnet, so muß der Vollzug bis zu eingetretener Rechtskraft ausgesetzt bleiben.

8) Dieses ganze Verfahren scheint nun in beiden Fällen für den Aechtheits- wie für den Fälschungsbeweis gleichsam auf Spitz und Knopf gestellt; auch ist dasselbe von so manchen bedrohlichen Nichtigkeiten umgeben und durch die Jurisprudenz in zahlreiche Controversen verwickelt. Was aber das Merkwürdigste bei der Sache ist, und auch reichliche Früchte trägt, das liegt in den Gesetzen so versteckt, daß es ohne die nähere Entwicklung durch Doktrin und Praxis leicht übersehen werden könnte, und auf den ersten Blick gar nicht in die Augen fällt. Der Art. 195 C. Pr. sagt, der Aechtheitsbeweis könne verordnet werden, der Art. 214, wer eine wider ihn vorgebrachte öffentliche Urkunde für falsch erkläre, könne, wenn die Sache dazu gelagert sei, zur Probe ihrer Fälschung zugelassen werden. Der Art. 248 sagt, die Geldstrafe sei nicht verwirkt, wenn die Fälschungsklage vom Gerichte nicht zugelassen wurde. Man sollte glauben, jenes „Können" solle

44) Wenn die Parteien sich über die Experten zur Schriftenvergleichung nicht im Voraus geeiniget haben, muß nach Art. 196 das Gericht sie ernennen; hiedurch wird ein späteres Wahlrecht der Parteien ausgeschlossen. Schlink Bd. II. §. 345.

soviel sagen: Vorausgesetzt, daß die Urkunde erheblich ist, die Entscheidung davon abhängt, daß der Beweis nicht ohne dieselbe bereits geliefert vorliegt, oder sonst ihr Inhalt der Sache keine andere Wendung geben könnte, nach dem bekannten Satze frustra probatur, quod probatum non relevat. So ist es aber nicht zu verstehen; alle Gerichte haben vielmehr eine billigmäßige Amtsgewalt — pouvoir discrétionnaire —, den Aechtheits- oder Fälschungsbeweis zuzulassen, wenn sie nicht bereits ohne dessen Vermittlung von der in Frage stehenden Aechtheit oder Fälschung aus Gründen, die ihrer Umsicht überstellt bleiben, von vorne herein hinlänglich überzeugt sind. Die Zulassung beider Incidentpunkte ist für die Gerichte rein facultativ; es unterliegt in der Jurisprudenz auch nicht dem geringsten Zweifel, jedes Gericht kann beide Procedurarten abschlagen, weil es auch ohne solche aus dem blosen Anblicke der Urkunde und anderen Umständen des Falles von der lebhaften Ueberzeugung durchdrungen ist, die Schrift sei wirklich ächt; es kann beide verweigern, wenn ihm dieselben Anhaltspunkte gleich am Anfange und ohne weitere Umschweife das Urtheil aufdringen, die Schrift sei gefälscht und sohin zu verwerfen; hiegegen findet als Feststellung einer Thatsache nicht einmal der Cassationsrecurs statt. Selbst im zweiten Stadium, wenn der Kläger auf Fälschung seine Beweismittel vorgelegt hat und um deren Erhebung bittet, kann das Gericht wieder sagen: Sie sind ungenügend und nicht wahrscheinlich genug, sie werden zurückgewiesen und die Urkunde sogleich für ächt erklärt. (Vergl. Anh. I. Nr. 110, 111.) In der That ist auch beides eine natürliche Consequenz aus Art. 323 C. Pr.; denn wenn die Gerichte nicht verpflichtet sind, dem Gutachten der Sachverständigen zu folgen, sobald sich nur ihre freie Ueberzeugung widersetzt, was sollte dieselben noch abhalten, sich über jenes Gutachten, was doch immer den meisten Ausschlag geben wird, gleich Anfangs hinwegzusetzen, die ganze Frage schon beim Eintritte vor ihre Schranken zu evociren und nach ihren Einsichten selbst als Sachverständige zu erledigen? Ein Schreibverständiger ist im Grunde Jedermann, der im Schön- oder Schlechtschreiben nur einige Gewandtheit besitzt, und der erste Kalligraph kann oft weniger Scharfsinn haben, die Aehnlichkeiten oder versteckten Abweichungen zweier Schriften herauszufinden, als der jüngste Untergerichtsschreiber oder Kanzleipraktikant. Dagegen findet sich von dem abgenützten Mittel des Diffessionseides mit vollem Rechte keine Spur mehr vor; derselbe

ging mit seiner Ahnfrau, dem Calumnieneide, im Laufe der Zeiten gänzlich verloren [45]).

Da sich leicht voraussehen läßt, eine so ungewöhnliche Auslegung jener kleinen Worte müsse überraschen, könne leicht Ungläubige finden und werde am Ende für einen großen Irrthum oder doch jedenfalls für einen auf frischer That betretenen Abfall von Allem erklärt werden, was man bisher unter Verhandlungsmaxime verstand, so dürfte es nicht überflüssig sein, den Einklang der Stimmen, welche sich hierüber aussprechen, etwas näher hervorzuheben.

a) Pailliet, Manuel du droit français bemerkt unter Anführung mehrerer Erkenntnisse des Cass.-Hofes zu Art. 195 C. Pr. Note 2: „Die Richter sind nicht verpflichtet, den Aechtheitsbeweis einer abgeläugneten Unterschrift zu verfügen; sie können die letztere sogleich für wahrhaftig halten, wenn ihr Gewissen hievon bereits auf andere Art die Ueberzeugung erlangt hat.“ Ferner zu Art. 214, N. 12: „Wenn eine öffentliche Urkunde in dem Grade mit einer körperlichen Fälschung behaftet ist, daß dieselbe sogleich in Jedermanns Augen springt, ohne daß man eine Untersuchung durch Sachverständige oder eine Zeugschaft dazu nöthig hätte, so können die Civilgerichte dieselbe sogleich für falsch erachten, ohne daß es nur einer Anmeldung des Fälschungsbeweises bedürfte.“ N. 13 ebend.: „Die Richter haben die Macht, den angebotenen Fälschungsbeweis zuzulassen oder abzuschlagen und sie können insbesondere das letztere, wenn sie wahrnehmen, daß ein solches Verlangen blos vorgeschützt sei, um die Bezahlung einer rechtmäßigen Schuld hinauszuschieben.“ N. 14: „Bei dem versuchten Fälschungsbeweise sind die Zeugenverhöre und Vernehmungen von Sachverständigen blose Nachhilfen, die der Richter wohl zu Hilfe nehmen kann, allein von denen er nicht verbunden ist, Gebrauch zu machen, und die er daher verwerfen kann, wenn ihre Nutzlosigkeit ihm einleuchtend erscheint. Die Worte: wenn die Sache dazu angethan ist, — s'il y échet — lassen dem Richter in dieser Beziehung eine billigmäßige Amtsgewalt — pouvoir discrétionnaire.“

b) Boitard bemerkt in seinen Leçons Nr. 428 zu den Worten des Art. 195 „pourra être ordonnée“: .... „Allein der Richter kann auch seine vollständige Aufklärung schon in dem Anblicke der Urkunde selbst finden, ohne nöthig zu haben, auf ein weiteres Verfahren einzugehen, den schleppenden Gang und die Kosten eines Aechtheitsbeweises herbeizuführen. Das Gericht hat das Recht, wenn es nur seine Entscheidung gehörig motivirt, die Urkunde für wahr oder

45) Boncenne bemerkt hierüber T. II. Nr. 173: „Die Genfer Prozeßordnung hat den Gerichten selbst die Vergleichung und den Aechtheitsbeweis der Schriften überlassen. Doch ist ihnen auch freigestellt, wenn sie es für nützlich halten, Sachverständige zu berufen und sich ihrer Einsichten zu bedienen. Es ist dieses nur eine vernünftige und rechtmäßige Folge des Grundsatzes, daß die Richter von den Banden der Expertise befreit sind. Dictum expertorum nunquam transit in judicium.“ — Man wird gleich sehen, daß die französischen Gerichte sich dieselbe Freiheit selbst herausgenommen haben.

für falsch anzuerkennen, ohne zu Sachverständigen, Zeugen oder zur Schriftenvergleichung seine Zuflucht zu nehmen." In Nr. 463 findet sich weiter angeführt: „Die Geldbuße ist nach Art. 248 nicht verfallen, wenn die Fälschungsklage vom Gerichte nicht zugelassen wird; mithin kann es dieselbe auch a prima facie verwerfen."

c) Rogron, C. de Proced. expliqué erinnert zu Art. 195: „Die Richter können von der Verordnung des verlangten Aechtheitsbeweises auch Umgang nehmen, wenn sich bereits ohne denselben ihre gewissenhafte Ueberzeugung hinlänglich aufgeklärt findet. Erk. d. Cass.-Hofes v. 25. Aug. 1813, 11. Febr. 1818 und 9. Febr. 1830. In dem letzteren heißt es: Erwogen, daß aus dem Wortlaute des Art. 195 C. Pr., welcher jünger ist, als der (angeblich verletzte) Art. 1324 C. civ. hervorgeht, daß die Richter die freie Befugniß haben, nach den Umständen des Falles den Aechtheitsbeweis zu verordnen oder zu verweigern, und daß sich der Gesetzgeber mithin in dieser Beziehung auf ihre Umsicht und ihre Weisheit verlassen hat; — daß daher im gegebenen Falle der App.-Hof zu Rouen, indem derselbe...., keiner gesetzlichen Bestimmung zuwider handelte; — aus d. Gr. verwirft u. s. w." — Derselbe Schriftsteller bemerkt weiter unten zu Art. 214 C. Pr.: „Die Richter sind auch ermächtiget, eine Klage auf Zulassung des Fälschungsbeweises de plano zurückzuweisen, obschon die betreffende Urkunde großen Einfluß auf die Entscheidung der Sache ausübt." Hiezu wird folgendes Erkenntniß des Cass.-Hofes v. 25. Juli 1827 angeführt, was auch schon Pailliet a. a. O. in Bezug nahm: „Erw. daß aus dem Wortlaute des Art. 214 C. Pr. und namentlich aus den Worten: peut, s'il y échet, être reçu, hervorgeht, daß es zu den Amtsbefugnissen und der amtlichen Gewalt der Gerichte und Gerichtshöfe gehört, sobald die Erklärung, den Fälschungsbeweis führen zu wollen, von einer Partei abgegeben wird, welcher eine Urkunde entgegengesetzt ist, denselben zu- oder nicht zuzulassen; — daß im gegebenen Falle das Appell.-Gericht von Poitiers sein Erkenntniß auf Abschlagung des Fälschungsbeweises darauf gründete, daß bereits aus allen Umständen erhelle, daß der als falsch angefochtene Adjudicationsbescheid ächt, aufrichtig und unverdächtig sei; daß ihm alle Förmlichkeiten vorangingen und ihn begleiteten, welche geeignet schienen, jeden Gedanken an eine unterlaufene Fälschung zu widerlegen und daß eben jener Bescheid bekundete, daß der Zuschlag dem C. C. ertheilt worden sei; — daß hierin der Gebrauch, welchen jener Gerichtshof von einer ihm gesetzlich verliehenen Gewalt gemacht hat, seine volle Rechtfertigung findet und das angefochtene Erkenntniß dem Allem zufolge keine gesetzliche Bestimmung verletzt hat; u. s. w."

d) Aus Bonnier, traité des preuves ist zu entnehmen Nr. 626: „Nach Art. 195 kann die Probe verordnet, mithin auch die Aechtheit sogleich angenommen werden.... Das Gericht soll über die ihm unterbreitete Klage auf Aechtheitsbeweis erkennen; es kann solches aber ohne Kosten und Weitwendigkeiten nach seiner eigenen Einsicht thun, wenn ihm die Aechtheit der Urkunde bereits als evident vorkömmt, oder auch umgekehrt, wo die Falschheit handgreiflich vorliegt. Kann dieses bei dem so complicirten Fälschungsbeweise geschehen, so muß dasselbe noch eher bei dem weit leichter gehaltenen Aechtheitsbeweise angehen." — Schon weiter oben Nr. 549 kam ebendaselbst die Bemerkung vor: „Um den Kläger zum (verlangten) Beweise des Falsums zulassen zu können, muß eine vor-

läufige Untersuchung des Richtercommissärs vorhergehen, **welche das Vorhandensein einer Fälschung als wahrscheinlich darstellt.**"

e) **Schlink's** Commentar Bd. II. §. 347 Nr. 3 bemerkt in derselben Richtung: „Aus der Verbindung der Art. 214, 218, 219 und 248 C. Pr. geht hervor, daß es den Gerichten heimgestellt ist, die Incident-Fälschungsklage zuzulassen oder abzulehnen, und die verweigerte Zulassung kann wohl zu einer Berufung, aber nie zu einer Cassation Veranlassung geben, weil diese eine förmliche Gesetzverletzung voraussetzt, eine solche aber in allen Fällen, wo eine Handlung dem Ermessen der Gerichte anheimgegeben ist, nicht eintreten kann."

f) **Berriat St. Prix**, Cours de Proced. civ. führt in einer Note zum Titel: du faux incident an, Merlin habe in seinem Repert. môt inscription zuerst vertheidiget, die materielle Fälschung könne in dem Grade in die Augen springen, daß es ganz überflüssig wäre, dieselbe erst noch in einem weiteren Verfahren entdecken zu wollen, und die Gerichte hätten von dort an dieser Lehre gehuldiget.

g) **Carré**, Qu. 803 ter schließt sich bezüglich des Aechtheitsbeweises von Privaturkunden derselben Ansicht mit der Bemerkung an, es sei dieses die beinahe allgemeine Meinung der Doktrin, welche auch Pigeau, Thomine, Dalloz und Favard vertheidigten und der nur Rauter entgegentrete; auch die Jurisprudenz sei darüber einstimmig, wofür zahlreiche Urtheile der Gerichtshöfe angeführt werden. Von dem Fälschungsbeweise bemerkt **Chauveau** zu Carré Qu. 890 folgendes: „Sollte selbst die Wahrheit oder Falschheit der angegriffenen Urkunde von dem größten Einfluß auf die Entscheidung des Prozesses sein, so können dennoch die Gerichte den Fälschungsbeweis aus dem einfachen Grunde abschlagen, weil ihnen die Aechtheit derselben bereits dargethan sei; sie sind nicht verbunden, um sie als ächt anzuerkennen, eine der Forschungen anzustellen, welche der gegenwärtige Titel ihnen anzeigt. Sie können sich vielmehr ganz an dasjenige halten, was ihnen ihre eigenen Einsichten über diese Frage zu erkennen geben. Der angebotene Fälschungsbeweis braucht die Urkunde in ihren Augen noch nicht verdächtig zu machen; die Mittel, welche ihnen das Gesetz zu ihrer Aufklärung hierüber an die Hand gibt, sind rein facultativ, und wenn aus den Thatsachen des Prozesses oder sonst einem Umstande hervorgeht, daß der Vorwurf der Fälschung nicht gegründet sei, dürfen und müssen sie die Probe derselben ohne weiters zurückweisen.

h) Endlich äußert sich noch **Boncenne** T. II. Nr. 173: „Ein Urtheil des Cass.-Hofes v. 26. Mai 1837 sollte der ganzen Controverse (bezüglich des Aechtheitsbeweises) ein billiges Ziel setzen. Es heißt darin: In der Erw., daß die Benützung der verschiedenen in Art. 195 C. Pr. angegebenen Wege, um zu einem Aechtheitsbeweise zu gelangen, **rein facultativ ist**, und daß der Richter selbst ohne deren Beihilfe über diese Aechtheit urtheilen kann, wenn seine Ueberzeugung ihm solches erlaubt, indem sich das Gesetz hiebei auf seine Einsichten und sein Gewissen verläßt; — daß daher das angefochtene Erkenntniß des App.-Hofes von P. die Art 1324 C. C. und 195, 196 C. Pr. nicht verletzt, sondern nur eine richtige Anwendung von jenem Art. 195 gemacht hat; ... u. s. w." — Dann vom Fälschungsbeweise Nr. 198: „Ist die Herausforderung, es auf den Fälschungsbeweis ankommen zu lassen, gegeben und angenommen, so ist damit der

Kampfplatz noch nicht eröffnet, die Richter müssen den Kampf auch vorerst erlauben, ihr Ansehen muß in Mitte treten, um zu entscheiden, ob es auch darauf ankomme, — s'il y échêt." — Nr. 204.... „Vielleicht bedarf es aber auch weder der Zeugen noch der Sachverständigen. Man wird nicht vergessen haben, daß in solchen Sachen die Richter selbst die Befugniß haben, blos mit Beihilfe ihrer eigenen Einsichten zu prüfen, zu bewahrheiten und sich darüber auszusprechen. Es ist schon genug, wenn das Urtheil nur bekundet, daß sie diese Prüfung angestellt und darin eine vollständige Gewißheit geschöpft haben.... Auf solche Weise kann das Gericht, indem es den Werth der Beweisbehelfe für die Fälschung prüft, erklären, daß sie nicht blos erheblich und zulässig, sondern auch, daß sie schon jetzt vollkommen dargethan vorliegen. Der Zwischenpunkt ist alsdann beendiget und die Urkunde mit einem Schlage abgeurtheilt."

i) Den Schlußstein möge hier noch ein jüngeres Erkenntniß des Cass.-Hofes selbst v. 24. April 1849 bilden dürfen, worin ausgesprochen ist: Das Anerbieten eines Fälschungsbeweises gegen eine öffentliche Urkunde kann nur insoferne zugelassen werden, als es auch darauf ankömmt (s'il y échêt). Diese Worte erlauben den Gerichten, den Fälschungsbeweis gleich Anfangs zurückzuweisen, wenn sie überzeugt sind, daß das Anerbieten dazu nur auf eingebildeten Voraussetzungen beruhe. Sie können ebenso im zweiten Stadium der Fälschungsprozedur, d. i. wenn die Einzeichnung des Anerbietens bereits zugelassen ist, die Erhebung des Beweises über die artikulirten Thatumstände abschlagen, wenn keine genügende Anzeigung besteht, um diesen Umständen jenen Grad von Haltbarkeit zu verleihen, ohne welche sie zur Probe nicht zugelassen werden können. (Gaz. d. Trib. v. 25. April 1849.) — Als in gleichem Sinne ergangene Erkenntnisse des Cass.-Hofes von jüngstem Datum lassen sich noch zwei aus Gaz. d. Trib. v. 7. Febr. und 27. April 1859 anführen. In diesem letzteren Falle hatte es sich sogar um ein faux intellectuel gehandelt, indem einem von einem Notar errichteten Testamente vorgeworfen war, der Testator habe es nicht selbst diktirt und die Zeugen seien dabei nicht zugegen gewesen.

9) Die ganze Lehre von der Führung des Urkundenbeweises läßt sich hienach in folgende einfache Sätze zusammendrängen: Jeder schriftliche Behelf ist in dem Augenblicke, wo sich eine Partei darauf bezieht, mit vorzulegen und dem Gegentheile in Abschrift mitzutheilen, auch, wenn er es verlangt, die Einsicht des Originals zu verstatten; dieser läßt ihn aber alsdann immer vermöge einer faktischen Präsumtion seiner Aechtheit für dasjenige gelten, wofür er sich ausgibt und was er auch wirklich ist. Will die Gegenpartei ausnahmsweise die Urkunde nicht anerkennen, so kann der Producent bei Privaturkunden zum Beweise ihrer Aechtheit, der Produkt bei öffentlichen oder früher anerkannten Privaturkunden zur Probe ihrer Fälschung, sowohl in Bezug auf den äußeren Zustand als auch den Inhalt zugelassen werden. Der Richter kann aber diesen Beweis auch abschlagen, wenn er bereits ohne denselben von der Aechtheit oder Fälschung der Urkunde gründlich überzeugt ist, er kann dieselbe im ersten Falle

als ächt sogleich zulassen, im zweiten als falsch aus freiem Antriebe verwerfen. Dieser unmittelbare Zugriff der Richter auf eine Thatfrage, obwohl natürlich sparsam und mit vieler Vorsicht in Anwendung gebracht, ist besonders darum in seinen Folgen sehr heilsam und fruchtbar, weil er alle leichtfertigen Diffessionen oder Beschuldigungen der Fälschung entmuthiget und als am Ende dennoch nutzlos in einer weiten Entfernung hält. In jener kleinen Zugabe und der inhaltsschweren Bedeutung weniger Worte, der Aechtheitsbeweis kann verordnet, der Gegner kann zum Fälschungsbeweis zugelassen, sein Antrag aber auch nicht angenommen werden, in dieser facultativen Fassung liegt das ganze Geheimniß, warum die Diffession der Abschriften und die Produktion der Original-Urkunden im französischen Civilprozesse beinahe gänzlich verschwunden, jedenfalls äußerst selten geworden ist [46]). Sehr wirksam gegen den Unfug der willkührlichen Abläugnung von Urkunden sind auch noch die Repressivmittel, womit die Art. 213, 246 u. 247 C. Pr. eine solche Ausflucht bedrohen, selbst in dem Falle, wenn der einmal zugelassene Fälschungsbeweis im Laufe seiner Erhebung wieder aufgegeben wird. Die Verurtheilung in alle Kosten und in eine obwohl mäßige Geldstrafe von 40 und 80 Vereinsthalern, die Verurtheilung in eine ganz natürliche Genugthuung an den Gegner, dem dadurch ein Schaden zugefügt wurde, sind schon an sich Eventualitäten, welche ein ernstliches Nachdenken vor dem Wagstücke eines so muthwilligen Schrittes herbeiziehen müssen. Noch kräftiger ist aber zum Zurückhalten die Bedrohung des falschen Abläugners mit Personalarrest, wenn er die hinter einen solchen erbärmlichen Schild verschanzte Schuld nicht bezahlt [47]). Blüht ihm die Aussicht, am Ende noch auf Monate und Jahre eingesperrt zu werden, so wird er gewiß seinem Anwalte, der nach jenem Verzögerungsmittel greifen wollte, in die Ohren rufen: Lassen Sie das gut sein. Eben dieser Vorsehung läßt sich als Analogie wieder die Vorschrift

46) Nach den Anmerk. zur bayer. GO. K. XI. §. 8 litt. f. kann der Fälschungsbeweis gegen eine Urkunde „gleichfalls *per indicia falsi proxima et manifesta*" geführt werden, wonach also der eigene Anblick der streitigen Urkunde durch den Richter für einen zureichenden Grund der Ueberführung erklärt ist, weil er jene Indizien in genügender Stärke an die Hand geben kann. Es versteht sich wohl von selbst, daß ein Gleiches auch in der umgekehrten Richtung gelten müsse, wenn die bestrittene Aechtheit auf das Klarste daraus hervorspringt.

47) Schlink bemerkt Bd. II. §. 346 Nr. 2: „Wer eine eigene Urkunde mala fide diffitirt, kann nach Art. 213 C. Pr. in der Hauptsache bei Vermeidung des Personalarrestes verurtheilt werden."

der bayer. GO. K. XVIII. §. 3 Nr. 7 gegenüberstellen, wo es heißt, in Ermanglung hinlänglicher Zahlungsmittel sei gegen den Schuldner nach Beschaffenheit des bösen Vorsatzes und verursachten Schadens auch mit Personalarrest zu verfahren.

10) Der Mandats- und der Exekutivprozeß des deutschen Rechtes, als zwei weitere Formen eines privilegirten Urkundenbeweises, sind nicht ohne Analogien im französischen Prozesse. Dem letzteren gleicht am besten das summarische Verfahren überhaupt, welches nach Art. 404 C. Pr. in allen Fällen stattfindet, wo eine persönliche und unbedingte Geldforderung durch eine unbestrittene Urkunde erwiesen ist. Der Zeugenbeweis für den Beklagten über seine etwaigen Einreden ist, soweit nur überhaupt zulässig, durch diese Prozeßart nicht ausgeschlossen; der bedeutendste Unterschied besteht nur darin, daß eine direkte Ladung ohne vorgängigen Schriftenwechsel stattfindet, so daß also der Kläger in der öffentlichen Sitzung auf die Einwendungen des Beklagten noch nicht vorbereitet erscheint, und daß die benannten Zeugen, ohne daß es vorher der Artikel bedürfte, sogleich in der öffentlichen Sitzung verhört, der Zeugenbeweis also hier durch eine Adjunktion gleichfalls auf dem nämlichen Fuße behandelt wird, wie im gewöhnlichen Verfahren der Urkundenbeweis, worauf der folgende Abschnitt zurückkommen wird.

Eine Art Mandatsprozeß wird durch die exekutorischen Urkunden eingeführt, deren Werth indessen oft überschätzt worden ist[48]). Jedes gerichtliche Urtheil muß nämlich nach Art. 146 C. Pr. mit der exekutorischen Klausel ausgefertiget werden, welche am Schlusse allen Gerichtsboten, Staatsanwälten und anderen Hilfsbeamten der Rechtspflege gebietet, dasselbe im ganzen Lande zu vollstrecken; mit einem in Straßburg erlassenen Urtheile kann daher ohne alle Dazwischenkunft eines Gerichtes durch einen requirirten Gerichtsboten in Bordeaux eine Pfändung vorgenommen oder in Marseille ein Beschlag an liegenden Gründen angelegt werden. Allein der Art. 19 des Notariatsgesetzes v. 16. Aug. 1803 ermächtiget auch die Notare, die von ihnen aufgenommenen Schuldurkunden und sogar Kaufbriefe gleich von vorne herein mit dersel-

48) Ob der erste Zahlbefehl durch eine Verfügung des Richters oder einen Akt des Gerichtsboten ertheilt wird, scheint sehr gleichgültig zu sein; kann der Beklagte durch Vorschützen von Einreden die Sache rechtshängig machen, so wird er gleich damit zu einem Advokaten laufen, der dann hier wie dort das alte Chikanenspiel auf's Neue in Gang bringt.

den exekutorischen Klausel zu versehen; sie erlangen dadurch in Kraft der bekundeten Einwilligung des Schuldners jene Kraft, welche die bayer. GO. K. XII. §. 1 im Eing. dem gerichtlichen Geständnisse und C. 20 de transact. (2, 4) dem Vergleiche einräumen, sie können ohne alle Klage, Gehör und Verurtheilung sogleich zur Zwangsvollstreckung gebracht werden. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri. Durch den Zahlbefehl des Gerichtsboten erhält indessen der Schuldner nichts weiter, als ein Mandatum S. C.; hat er Einwendungen dagegen, so kann er durch seinen Einspruch, d. i. seine Remonstration, die Gerichte ebenso mit deren Prüfung befassen, wie der deutsche Impetrat sich meistens mit der exceptio sub et obreptitie zur Wehre setzt. Das Gericht entscheidet alsdann nach gepflogener Verhandlung über die Streitigkeit, die sich von den gewöhnlichen Sachen nur darin unterscheidet, daß sie, statt mit dem ersten, vielmehr erst mit dem zweiten Schritte in den Fluß der Rechtshängigkeit eintritt.

11) Zum Schlusse bleibt der vorgesteckten Aufgabe nur noch übrig, einige summarische Prozeßarten im Vorübergehen zu berühren, in denen ein ganz kurzer Urkundenbeweis, meistens vor einem Instruktionsrichter geführt, die vorwiegende Stelle einnimmt, wie schon oben (S. 374 litt. i) angedeutet wurde.

a) Wer eine gerichtliche Caution zu stellen verurtheilt ist, muß dieselbe binnen einer kurzen Frist anbieten, die Pfänder hinterlegen oder die Zahlungsfähigkeit der vorgeschlagenen Bürgen durch Urkunden nachweisen. Der Gegner, dem der Antrag mitgetheilt wird, hat sich über seine Annahme zu erklären; im Falle seiner Weigerung entscheidet das Gericht über den erhobenen Anstand mit Beiladung der Theile. Der angenommene oder zugelassene Bürge muß seine Erklärung, haften zu wollen, auf der Gerichtskanzlei abgeben, welche dann gleich einem Urtheile gegen ihn vollstreckbar ist, also nicht erst einer neuen Ein- und Ausklagung bedarf. Art. 516—522 C. Pr.

b) Hat ein Urtheil einer Partei Schäden und Interessen, d. i. die ihr gebührende volle Genugthuung zugesprochen, ohne den Betrag festzustellen, was man eine Verurtheilung hiezu par état, d. i. nach einem erst anzufertigenden spezifischen Verzeichnisse nennt, so übergibt der Sieger seine Specification mit Belegen, deren Mittheilung zur Einsicht in der oben bemerkten Weise von Anwalt zu Anwalt oder auf der Gerichtskanzlei verlangt werden kann. Der Verurtheilte muß dann binnen acht Tagen die Summe anbieten,

zu der er sich versteht. Kömmt ein Einverständniß hierüber nicht zu Stande, so entscheidet das Gericht unter Beiladung der Theile über die Punkte der Abweichung. Es ist dieses ganz übereinstimmend mit dem Verfahren, welches die bayer. GO. K. XVII. §. 4 Nr. 5 für die Festsetzung der Gerichtskosten vorgezeichnet hat, nur mit der einzigen Abweichung, daß der Zusatz hinzugedacht werden muß: praevia communicatione expensarii. Art. 523—525. C. Pr. In bei weitem den meisten Fällen wird indessen die Genugthuung sogleich im Urtheile nach einem billigen Anschlage ohne alle Liquidation auf eine bestimmte Summe festgesetzt. (Vgl. Anh. I. Nr. 207—324.)

c) Der Rechnungsprozeß und die Liquidation von Früchten und Aufwendungen folgen denselben Regeln; für beide findet sich ein ganz ähnliches Verfahren vorgezeichnet, wie das so eben berührte, nur daß dabei die Vermittlung eines Richter-Commissärs, der die Rechnung abhört und über die nicht zu hebenden Anstände in der Sitzung vorträgt, unentbehrlich schien. Art. 526—542 C. Pr.

d) Die Regeln für die Liquidation der Gerichtskosten weichen wenig von den im deutschen Prozesse gangbaren ab; der Richter setzt dieselben in bekannter Weise fest, mit Vorbehalt des Einspruches der Partei, die sich etwa hiemit nicht zufrieden geben will. Art. 543, 544.

e) Der Arrestprozeß ist in die Materie vom Executionsverfahren verwiesen, wohin er auch wirklich gehört, weil ein angelegter Arrest nur eine anticipirte Execution in perpetuam actoris securitatem bildet. Art. 557—582 C. Pr. Ein Gleiches gilt auch von dem Concursprozesse oder Rangordnungsverfahren über die Vertheilung des Erlöses im Zwangswege versteigerter Immobilien.

f) Die gerichtliche Erbtheilung gehört auch noch zu den summarischen Prozeßarten; jeder Miterbe kann sie verlangen, sind Minderjährige oder Abwesende unter den Erben, so muß sie sogar vorgenommen werden. Art. 823 u. 838 C. N. Das Gericht ernennt, wenn es ihm angemessen scheint, zur Bewerkstelligung der Theilung einen Richtercommissär, auf dessen Vortrag die nicht zu hebenden Anstände in der Sitzung entschieden werden. Art. 969, 973, 977, 981 C. Pr. Der letztere kann sich zu seinen Operationen auch einen Notar substituiren. Art. 976 ebendas. Die Theilung umfaßt die Feststellung der Aktiv- und der Passivmasse, gleichwie

der Conferendposten, wobei jeder Betheiligte die Urkunden zur Begründung seiner Ansprüche von selbst vorzulegen hat, die dann einem zu entwerfenden Theilungsplane als Grundlage dienen, gegen welchen jede Anfechtung in der Sitzung des Gerichtes offen bleibt.

In all' diesen Fällen beschränkt sich das vorbereitende Verfahren nur auf das strenge thatsächliche Element und die Sammlung der Belege, dann einen Versuch gütlicher Ausgleichung, fast ebenso, wie die mündliche Abhör einer deutschen Vormundschafts-Rechnung vor sich geht; jede Ausführung der noch streitigen Punkte bleibt zur mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung verwiesen, wo ihr dann das Gericht den Rahmen anweisen kann, in dem sie sich zu halten hat.

Einigen wenigen Grundzügen über die Projektirung einer neuen Bahnlinie, die sich dem Urkundenbeweise für eine erst zu entwerfende deutsche Prozeßordnung vielleicht am besten vorzeichnen ließe, möge es vergönnt sein, als summarische Punktation hier den Schlußstein der bisherigen Erörterung zu bilden.

1) Als eine der ersten Regeln wäre die zu empfehlen: Aller Beweis wird dem Richter geliefert; Jedermann liegt daher ob, die besten Beweise vorzulegen, die ihm über die Sache zu Gebote stehen; er hat die Vermuthung wider sich, wenn er dieses unterläßt oder wenn er verabsäumt hat, sich dieselben zu verschaffen. Jene Beweismittel finden immer den meisten Glauben, welche für eine Sache die natürlichsten und nächst gelegenen sind; was aus ihrem Vermissen als Folgerung zu ziehen sei, und namentlich aus dem Fehlen einer schriftlichen Urkunde da, wo solche im Verkehre herkömmlich ist, oder von einer einfachen Vorsicht anempfohlen war, steht in richterlichem Ermessen.

2) Was vor Allem unerläßlich ist, sowohl für das Civilrecht, wie für den Prozeß, das besteht darin, das Erforderniß der schriftlichen Urkunden für den Bestand und Beweis der Rechtsgeschäfte nicht blos aufzustellen, sondern auch einer einfachen und leicht ausführbaren Regel zu unterwerfen. Am besten könnten hiefür die Bestimmungen des preuß. LR. zur Grundlage genommen werden: Schriftliche Verträge über alle Gegenstände, die einen gewissen mäßigen Belauf übersteigen, insoweit sie Verbindlichkeiten für die Zukunft begründen sollen, gerichtliche Verträge, und eine Veröffentlichung derselben im Steuerkataster nach den Grundsätzen

der Publicität, welche das bayer. Hyp.-Gesetz bereits aufgestellt hat, über alle Liegenschaften und dinglichen Rechte an solchen, Besitzveränderungen, Bestellung von Reallasten, Dienstbarkeiten, Nießbrauch und längere Pachtungen, insoweit sie auch Dritte verbinden sollen. Schriftliche Verträge und Beweise wären dagegen nicht erforderlich nicht blos für Verbindlichkeiten aus Quasicontrakten, Delikten und Quasidelikten, sondern auch für Realcontrakte, insbesondere für das Darlehen, wovon der Grundsatz gilt: re contrahitur obligatio, und eben so wenig für geleistete Zahlungen. Ein von beiden Seiten vollständig erfüllter Vertrag über bewegliche Sachen kann gültig bleiben, bei einseitiger Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages dagegen der Empfänger die Wahl haben, auch die Gegenleistung zu gewähren, oder das Empfangene mit allen Zugehörungen zurückzugeben. Bei theilweise erfüllten und zum Theile noch unerfüllten Verträgen, fortlaufenden Leistungen u. dgl. muß es dem richterlichen Ermessen vorbehalten werden, zu bestimmen, wie weit der Vertrag theilbar sei oder nicht, wonach das Vergangene und bereits Erfüllte aufrecht zu erhalten, der Abgang für die Zukunft aber zu verstatten wäre. Das Dasein und der Inhalt eines vermißten schriftlichen Vertrages kann nur insoferne auf andere Art erwiesen werden, als sein zufälliger Verlust bereits wahrscheinlich gemacht ist, und seine Vertilgung oder etwaige Zurückgabe nicht die Annahme einer Erfüllung oder Wiederaufhebung der eingegangenen Verbindlichkeit begründet.

3) Alle Theile sind sich wechselseitig verpflichtet, Urkunden, welche ihrem Gegner gehören oder mit ihm gemeinschaftlich, oder unter ihnen über das streitige Geschäft errichtet, oder zu seiner Beurkundung wechselseitig ausgestellt sind, oder auch, welche, wie Handels- und gewerbliche Einschreibebücher, Gutsrechnungen, zu Gunsten des Schreibenden mit einiger Beweiskraft versehen sind, herauszugeben oder zur Einsicht vorzulegen. Alle übrigen Privatschriften, wie Correspondenzen, soweit sie nicht die Stelle eines schriftlichen Vertrages vertreten, häusliche Aufzeichnungen u. dgl. sind dieser Vorlage überhoben. Der Besitz einer jener Urkunden, wenn widersprochen und doch wahrscheinlich, kann durch eine vom Richter nach Gutbefinden auferlegte Betheuerung ergründet werden; die Verweigerung der Herausgabe hat die Verurtheilung zum Ersatze des Schadens und Interesses an den Gegner zur Folge, wonebst dem Gerichte vorbehalten bleibt, daraus die für die Hauptsache angemessenen Folgerungen zu ziehen.

4) Die juristische Beweiskraft der Urkunden kann unbedenklich auf dem bisherigen Fuße beibehalten werden. Eine öffentliche Urkunde, und was einer solchen durch hohes Alter, monumentales Ansehen, Aufbewahrung in Archiven und die Unterstützung durch andere Behelfe gleichkömmt, wie Saal- und Lager-, Lehen- und Grundbücher, Urbarien und Bezugsregister, beweist von selbst bis zum Beweise ihrer Fälschung, eine Privaturkunde wider den Aussteller und seine Rechtsfolger erst dann, wenn deren Aechtheit durch ein Anerkenntniß des Widersachers oder auf andere Art festgestellt ist, sie bekunde nun ein bloses Zugeständniß, oder ein Rechtsgeschäft unter Lebendigen oder von Todes wegen, was als die schriftliche Darlegung einer Willenshandlung auch nur auf ein Zugeständniß hinausläuft, dieses oder jenes verfügt oder mit Jemand verabredet zu haben. Unverdächtige Privaturkunden dritter Personen über Rechtsgeschäfte beweisen unter den Theilen erst von dem Augenblicke an, wo die Gewißheit ihres Datums und ebendamit der Zeit ihrer Errichtung auf andere Art, als durch ihren eigenen Vortrag außer Zweifel gestellt ist. Die juristische Beweiskraft einer Urkunde gehört übrigens zum Rechtspunkte, eröffnet daher alle Rechtsmittel, welche für die Berichtigung des letzteren gegeben sind, wie namentlich über die Eigenschaft als öffentliche oder Privaturkunde, die Beobachtung der vorgeschriebenen Formen, das Erforderniß der schriftlichen Errichtung und die Beeigenschaftung der darin enthaltenen Rechtsgeschäfte.

5) Die moralische Beweiskraft der übrigen Urkunden, Schriftstücke und urkundlichen Nebenbehelfe bleibt in Fällen, welche den förmlichen Urkundenbeweis nicht erheischen, gleich der von Zeugenaussagen und Vermuthungen, dem richterlichen Ermessen überlassen. Dahin gehören Briefschaften und Correspondenzen unter den Theilen oder mit Dritten, Privatzeugnisse, häusliche Aufzeichnungen, Druckschriften, Zeitungsblätter, Anschläge, Bekanntmachungen und andere Arten der Veröffentlichung, gleichwie ähnliche Hilfsmittel einer bleibenden Beurkundung oder Mittheilung. Dasselbe gilt auch von den auf schriftliche Urkunden bezüglichen Nebenumständen, ihren Mängeln, insoferne nicht ein Erforderniß bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, von ihrem Besitze oder Nichtbesitze, modificirenden Zusätzen und beigeschriebenen Bemerkungen, der Ausfertigung in einem oder mehreren Exemplaren, der Niederschrift der bekundeten Werthssumme mit Ziffern oder Worten u. dgl. m.

6) Die Führung und Erhebung des Urkundenbeweises bedarf einer radikalen Revision, welche zu einem engen Anschlusse an das französische Verfahren hinführen wird. Erste Regel: Jeder, der sich auf eine Urkunde bezieht, in deren Besitz er sich befindet, oder die ihm doch ohne Schwierigkeit zugänglich ist, hat solche in beglaubigter Abschrift oder im Auszuge der erheblichen Stellen mit vorzulegen, und, wenn solches nach den Verhältnissen des Falles nicht von selbst erhellet, zu bezeichnen, wo sich das Original befinde und dem Gegner zur Einsicht frei stehe. Diese Einsicht kann verstattet werden durch Hinterlegung auf der Registratur des verhandelnden Gerichtes, oder auf der Schreibstube jedes Anwaltes, der am Sitze desselben wohnt. Keinem Anwalte passirt eine Reisegebühr, um eine am Gerichtssitze befindliche Urkunde selbst einzusehen; auch die Versendung findet nicht statt. Zweite Regel: Jede Antwort auf eine solche Mittheilung, ohne die Urkunde sogleich anzufechten, hat ein Anerkenntniß derselben zur Folge, mit dem Vorbehalte für die Richter aller Instanzen, wenn in ihnen selbst oder dem Gegner später erst noch ernste Bedenken gegen die Aechtheit oder Beweiskraft rege werden, dieselben im Verlaufe der Sache da, wo es darauf ankömmt, zu heben. Jedes Gericht kann zu solchem Ende auf den Antrag des Gegners oder auch von Amtswegen die Vorlage und Einsicht der Originalien verlangen, oder auch vorziehen, solche Urkunden, welche wegen ihrer Wichtigkeit, ihres vielfachen Gebrauches oder großen Umfanges sich zur Versendung nicht wohl eignen, wie Hypotheken-Bücher und Protokolle, Steuerkataster, Briefsprotokolle, Saal-, Lager- und Grundbücher, oder auch Handelsbücher, desgleichen alle Urkunden, die ein Dritter außer den streitenden Theilen besitzt, und sich weigert, aus Händen zu geben, an Ort und Stelle selbst einzusehen oder durch einen Abgeordneten einsehen, untersuchen und beschreiben zu lassen. Zu jeder mündlichen Verhandlung sind die in der Sache benützten Urkunden im Originale von selbst beizuschaffen; das Gericht kann sich dieselben zur genaueren Einsicht gegen spätere Zurückgabe zustellen lassen.

7) Die Aechtheit von öffentlichen und Privaturkunden, welche mit den wesentlichen Förmlichkeiten bekleidet sind, zu beurtheilen, steht in dem Ermessen der Richter, welche alle dazu geeigneten Erhebungen von Amtswegen zu pflegen, berechtiget und verpflichtet sind. Wer eine öffentliche oder bereits früher von ihm als ächt anerkannte oder sonst hiefür geltende Privaturkunde als falsch anfechten, oder jede andere Privaturkunde als unächt abläugnen will,

hat auf Mittheilung derselben in der ersten Antwort sich hierüber zu erklären, und diese Erklärung in der Form einer Betheuerung auf Ehre und Gewissen durch seine Unterschrift zu bekräftigen; dem Gerichte steht dann frei, diese Betheuerung vor sich oder einem Abgeordneten persönlich und mündlich wiederholen zu lassen. Trägt die Urkunde seine Unterschrift, so geht die Betheuerung dahin, daß er solche weder unterschrieben habe, noch dieses aus seinem Auftrage oder mit seinem Vorwissen von einer dritten Person geschehen sei; außer jenem Falle blos darauf, daß er sie für unächt oder verfälscht halte. Zugleich hat er eine Anzeige all' seiner Behelfe, mit denen er die Fälschung beweisen kann, oder die Aechtheit zu widerlegen gedenkt, hiemit zu verbinden. Der Widersacher, wenn er nicht vorzieht, die Urkunde fallen zu lassen, woraus dann jede der Sache angemessene Folge gezogen werden kann, antwortet hierauf binnen einer kurzen Frist in derselben Weise, und zeigt damit die Behelfe seines vorhablichen Aechtheits- oder Gegenbeweises an. Thut er es nicht, so kann die Urkunde auf der Stelle verworfen werden. Das Gericht läßt sich außerdem das Original der Urkunde vorlegen, oder solche durch einen Abgeordneten untersuchen, und ihren Zustand genau beschreiben. Allen Gerichten steht hiernächst eine billigmäßige Amtsgewalt zu, die Aechtheit oder Fälschung sofort auf den eigenen Anblick und nach Vergleichung mit den übrigen Umständen anzuerkennen, und daher den Aechtheitsbeweis als überflüssig, den Fälschungsbeweis als unzulässig zurückzuweisen, oder, wenn sie die Aufstellung noch erheblich und auch gehörig wahrscheinlich finden, einen von beiden zu verordnen. In dem letzteren Falle pflegt dasselbe alle ihm angemessen und nützlich scheinenden Erhebungen von Amtswegen, vernimmt Zeugen und Sachverständige, veranstaltet Schriftenvergleichungen, legt im Nothfalle feierliche Gelübde auf und nimmt sie ab, und verbindet sodann seinen Ausspruch über die Aechtheit oder Fälschung der Urkunde, ihre Beweiskraft oder Verwerfung als beweislos mit dem Endurtheile unter Vorbehalt der gewöhnlichen Rechtsmittel. Nur auf solche Weise mag genau in Erfüllung gehen, was schon die C. 22 ad leg. Corn. de falsis (9, 22) verordnete: Ubi falsi examen inciderit, tunc accerrima fiat indago argumentis, testibus, scripturarum collatione, aliisque vestigiis veritatis. Nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur: sed inter utramque personam *sit judex medius*; nec ulla interlocutione divulget, *quae sentiat;* .... postrema sententia, *quid sibi liqueat,* proditurus.

8) Die besonderen Formen eines Mandats- und Executivprozesses könnten unter solchen Umständen füglich aufgegeben werden, oder vielmehr in dem summarischen Verfahren für alle dringenden Fälle verschwinden. Die summarische Liquidation bei Generalklagen, dann die von Schäden und Interesse, Erbschaften und Inventarien, ferner bei allen Theilungen und der Auseinandersetzung von Gemeinschaften, zum Behufe der Feststellung von Kosten und Aufwendungen auf eine fremde oder zurückzugebende Sache, Gutsverbesserungen und Verschlimmerungen, Früchten und Nutzungen wäre dagegen vor einen Richtercommissär zu verweisen, der die Parteien oder ihre Bevollmächtigten über die vorgelegten Verzeichnisse, Ansätze, Rechnungen, Belege, und die Einwürfe dagegen förmlich abhört, alle schriftlichen Behelfe abfordert und sammelt, die Rechtsausführungen unbeachtet zurückweiset, und sodann über die nicht auszugleichenden Anstände in der öffentlichen Sitzung unter Beiladung beider Theile einen Vortrag erstattet, auf welchen, nachdem die letzteren mit ihren Bemerkungen vernommen sind, die richterliche Entscheidung erfolgen könnte. Art. 539—542, 981 C. Pr.

9) Gegen die muthwillige Abläugnung, oder den grundlosen und durch nichts entschuldbaren Vorwurf der Fälschung einer Urkunde wäre die volle Strenge der Gesetze in Anwendung von Repressivmitteln zu entfalten. In jedem Falle ist der unterliegende Widersacher in alle Kosten des Zwischenpunktes, und in den vollen Schadensersatz für seinen Gegner nach einem beiläufigen Anschlage zu verfällen, auch er selbst und sein Anwalt nach Unterschied der Fälle zugleich oder alternativ mit einer ergiebigen Geldstrafe von 40 bis 80 Vereinsthalern zu belegen. Ueber die muthwillige Abläugnung einer Urkunde von Seite des Ausstellers ist die weitere Folge zu verhängen, daß der letztere alle Prozeßwohlthaten, Fristverlängerungen, Wiederherstellungen verwirkt, und daß sich auch in Ansehung der übrigen Beweise seines Gegners mit der blosen Wahrscheinlichkeit begnügt wird, wo außerdem die volle Gewißheit erforderlich wäre. Die Hauptschuld, in welche er am Ende verurtheilt wird, kann mittels Personalarrestes beigetrieben werden. Der Anwalt einer solchen Partei darf nicht länger ihre Sache vertreten; ergibt sich aus den Umständen, daß er wissentlich die falsche Abläugnung vorkehrte, so wird sein Name öffentlich bekannt gemacht. Eine Partei, welche wissentlich und vorsätzlich, gleichviel ob schriftlich oder mündlich, ihre eigene Schrift oder Unterschrift verläugnet hat, ist wegen nächsten Versuches der Unterschlagung in Bezug auf

das wider sie darin bekundete Recht zu verfolgen und zu bestrafen, selbst dann, wenn sie über den Grund ihres Rechtsstandes sich für die Hauptsache in gutem Glauben befand [49]). Warum sollte auch der weise Rath der C. 4 ad leg. Corn. de falsis, gleichwie von der Fälschung selbst, bei der Pflicht der streitenden Theile zum guten Glauben nicht auch von der vorsätzlichen Abläugnung gelten? Dort verordnete der Kaiser Alexander Severus: Majorem severitatem exigit, ut merita eorum, qui falsis rescriptionibus (aut diffessionibus) utuntur, digna coerceantur poena.

Zehnter Abschnitt.

Der Zeugenbeweis.

Equidem vos abducam a testibus, neque hujus judicii veritatem, quae mutari nullo modo potest, in testium voluntate collocari sinam.

Cicero, pro Coelio.

Das große Bollwerk der Beweisführung im deutschen Civilprozesse ist der Zeugenbeweis; derselbe gilt gleichsam für den Malakoffthurm des ordentlichen Beweisverfahrens. Ist der Zeugen-Rotulus einmal erstiegen und eingenommen, so fällt alles Uebrige von selbst nach und muß sich zur Uebergabe bequemen. Auch im Sinne der bayer. GO. K. IX. §. 4 und K. XV. §. 7 Nr. 9 ist der Zeugenbeweis mit seinen Artikeln und Responsionen ganz vorzugsweise der ordentliche Beweis, der seinen Ablauf in einem festen Geleise nimmt.

Der Zeugenbeweis ist gewiß primitiv für jedes Verfahren, und schon in der Wiege aller Prozeßführung zu finden. Es läßt sich mit vieler Sicherheit annehmen, wenn die Enkel des Urvaters Noah, nachdem sie aus der Arche wieder an das feste Land gekrochen, über ein verlaufenes und wieder aufgefundenes Rind in Streit geriethen, so verlangte der zweite Stammvater aller Sterblichen zu Gericht sitzend von seinem klagenden Abkömmlinge weder einen Beweis durch Notariatsinstrumente, noch durch wenige auf ein Palmenblatt gekritzelte Zeilen, sondern er fragte ganz einfach die

49) Die meisten dieser Folgen sind zwar bereits oben S. 193 ff. in Anregung gebracht; es dürfte jedoch nicht überflüssig scheinen, auf sie an dieser Stelle, als besonders hieher gehörig, der Vollständigkeit wegen nochmals zurückzukommen.

übrigen, was ihnen von der Sache bekannt sei, und stützte dann auf die erhaltene Auskunft seinen patriarchalischen Bescheid [1]). Der Zeugenbeweis ist auch der bequemste von allen, sobald er nur in die Formen und Regeln eingeklemmt ist, in denen wir ihn auf unserem Rechtsboden wieder finden; denn er läßt so recht eigentlich das Gewissen und alles freie Nachdenken aus dem Spiele. An einem aufgehängten Tarife darf man nur nachsehen, ob ein Zeuge klassisch, exceptionsmäßig oder untüchtig sei; hier beweist er gar nichts, dort den vierten Theil, im ersten Falle die Hälfte eines Faktums; sobald aber diese Posten in Ziffern ausgeprägt sind, braucht man blos zu rechnen, um die formale Wahrheit ganz oder stückweise herauszufinden. Die Verpflanzung dieser Operation auf das Gebiet eines Calculs, welcher in dem Erfüllungs- und Reinigungseide immer wieder seine fertigen Rechnungsmarken zur erforderlichen Ausgleichung findet, ist die hochgepriesene Weisheit, um eine Erkenntniß zu objectiviren und dem freien Geiste aus seiner Schlinge zu ziehen. Die Zeugen sollen und dürfen Alles wissen; wo sie es hernehmen, das ist ihre Sache, und rührt uns nur wenig. Ein Zeuge vom Hörensagen soll zwar nichts beweisen, sagt er aber nicht, wo er es gehört oder wie er es sonst erfahren, so gilt für ausgemacht, er muß es selbst wissen und daher auch den vollen Glauben finden, den ihm das Gesetz beigelegt hat. Das Strombett, in welchem der Zeugenbeweis sich langsam fortwälzt, ist so breit und schlammig, wie der Amazonenfluß an seiner Mündung in das große Weltmeer. Alles wird von den Aussagen der Zeugen erwartet und angenommen, deren Vorschub ist als ein remedium amplissimum et latissimum probandi überall zugelassen und legitim. Der Zeugenbeweis wird in Dinge übertragen und steht für Punkte hoch im Ansehen, welche schon ihrer Natur nach allein durch Urkunden erprobt werden sollten, nicht blos für den Bestand und Inhalt der Verträge, sondern auch für verwickelte Zahlen- und Rechnungsfragen, fortgesetzte Materiallieferungen, Abschlagszahlun-

1) Boncenne a. a. O. Introduct. Ch. 9 bemerkt hierüber: „Die allerälteste Probe war der Zeugenbeweis. Zumal im Mittelalter konnten wenige Leute lesen und schreiben; diese seltene Kunst zu besitzen, genügte schon, um für einen Gelehrten zu gelten .... Die Gunst des Zeugenbeweises nahm aber in demselben Verhältnisse ab, in welchem die Schreibekunst Fortschritte machte .... Die alte Maxime: Lebendige Zeugen gehen der Schrift vor, verlor allmählig ihre einrissige Macht in Ansehung solcher Urkunden, welche mit dem Siegel einer Behörde versehen waren."

gen und Staffelrechnungen, für den Stand von Inventarien und Mobiliarverzeichnissen, für die Richtigkeit von Geschäftsbüchern und Verkaufsregistern, wo die klaren Urkunden vorliegen, aber wegen zu hoch gespannter Anforderungen an ihre beweisende Form wenig Glauben finden würden, obwohl ihr Eindruck im Punkte der Aechtheit und Zuverlässigkeit unabweisbar scheint. Er wird ebenso angewendet auf einen Geschäftsverkehr, der sich ganz regelmäßig und sogar nothwendig in schriftlichen Aufzeichnungen fortbewegt, wenn diese wegen kleiner Formfehler den klassischen Beweis nicht zuwege bringen. Bestätiget dagegen ein Zeuge, ein Buchhalter oder Handlungsdiener, ein Güterverwalter oder Rechnungsführer auf Vorlage von Quittungsbüchern, Gutsrechnungen, Consignationen und anderen Registern, daß er selbst sie nach seiner damals erlangten Kenntniß pflichtgetreu geführt und aufgezeichnet habe, so ist das Bedenken gehoben, der halbe oder ganze Beweis geliefert; die wesentlichen Summen hiezu soll immer noch der Quantitätseid des Beweisführers ergänzend feststellen. Notorische Umstände, wie die Angemessenheit eines Preises oder der Entgang an Arbeitsverdienst, die Leistungsfähigkeit eines Schuldners, das Maaß gebührender Alimente und der Bedarf eines armen Klägers, der gewöhnliche Miethzins einer Wohnung werden erst dadurch zur formalen Wahrheit erhoben, daß sie aus dem Munde zweier Zeugen kommen oder die Mitte zwischen den Angaben beider halten, während diese doch in den meisten Fällen nichts mehr von der Sache wissen, als jeder einzelne von den fünf Richtern, welche ihre Aussage zu prüfen und das Recht darauf anzuwenden haben.

Alle Kritik muß dabei verstummen über den Punkt, ob und wieviel einem oder mehreren Zeugen auf ihr Wort auch zu glauben sei; sein Eid und seine Classicität soll statt dessen über alle Zweifel hinwegführen. Von dem, was die Zeugen wissen oder nicht wissen, was sie oft mit sehr geringer Bedachtsamkeit ausgesagt oder widersprochen haben, worüber sie ja oder nein gesagt, fällt am Ende jedes Wort, als rollte es von einem Felsen der Wahrheit herab, in die Goldwage des Rechtes; man grübelt über den dunkeln Sinn der Worte, den Zusammenhang oder Widerspruch der Sätze, und bietet alle Regeln der Auslegungskunst auf, um eine mehrdeutige Antwort zu erklären, als wäre es ein Lehnbrief, der vor einigen hundert Jahren genotelt wurde. Das einfache Mittel, den Zeugen nochmals und besser zu fragen, wie er es gemeint, was er habe sagen wollen, und was die ganze Wahrheit der Sache sei, ist ver-

gessen, Niemand denkt mehr daran. Man überläßt sich dem Glauben, zumal in den höheren Instanzen, die Partei habe einmal ein wohlerworbenes Recht auf die Aussage des Zeugen, wie sie lautet, fast ebenso, als läge eine Urkunde vor, welcher die eine Partei im Laufe des Prozesses erst einen erläuternden Zusatz in ihrem Sinne beifügen wollte. (Vgl. oben S. 391 Note 9[a].)

Einer der Hauptgründe, worauf die alte französische Ordonnanz von Moulins beruhte, indem sie dem Zeugenbeweise im Obligationenrechte sehr enge Gränzen steckte, beruhte in einem gerechten Mißtrauen gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen, welche trotz aller Eidschwüre doch zu haben sind, wie man sie will und oft aussagen, was man braucht. Das vorherrschende Urtheil der Parlamente über jene k. Verordnung bildete sich bald dahin, quod nulla sanctior aut probatior. Vgl. Boitard a. a. O. T. I. Nr. 470. Das römische Recht ging bereits von derselben Ansicht aus, wie wir aus C. 18 de test. (4, 20) erfahren: *Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur*, prout possibile est, ressecantes, omnibus praedicimus, ut, qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant, omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, *velintque viles et forsitan redemtos testes super hujusmodi solutione producere.* Die Clem. 2 de test. (2, 8) tritt gleichfalls dieser Meinung in den Worten bei: Cum non minus in appellationibus quam in principali causa *subornatio sit timenda.* Alle diese Bedenklichkeiten müssen unbeachtet zurücktreten, sobald das Gewicht einer Aussage immer nur an der gesetzlich regulirten Einwendungsmäßigkeit des Zeugen hängt. Der Werth einer solchen Aussage ist aber oft ganz untrennbar von der Stellung des Zeugen zu der Streitfrage selbst; die feste Beweistheorie sieht auch darüber hinweg. Die Wirkung des Zeugenbeweises wird gewöhnlich ganz mechanisch und dynamisch in Anschlag gebracht. Zwei Zeugen sind zu einem vollen Beweise einmal erforderlich; wenn nun einem Cessionar auferlegt ist, den Uebergang seiner Forderung auf ihn zu beweisen, und wenn er hiefür seinen Cedenten als Zeugen vorschlägt, dessen Bestätigung doch als Willensakt die ganze Frage abschneiden müßte, so heißt es in dem Urtheile: Ein Zeuge liefert nur halben Beweis, das ist eine Regel ohne Ausnahme, der Cessionar muß erst noch den Erfüllungseid schwören. Wenn zwei Personen im Beisein eines Dritten einen Vertrag abschlossen, über dessen Inhalt sie später unter sich abweichen, und wenn nun beide jenen Dritten als Zeugen-

und Gegenzeugen vorschlagen, so wäre nichts natürlicher, als seiner Angabe vollen Glauben zu schenken; doch nein, seine Erzählung beweist die Sache nur zur Hälfte und muß also durch einen Erfüllungs- oder Reinigungseid erst zum Steigen oder Fallen gebracht werden. In beiden Fällen wird der Erfüllungseid unmöglich, das beste Recht muß daher verloren gehen, wenn die Partei, zu deren Gunsten der Zeuge aussagte, vielleicht bereits verstorben ist.

Die Führung und die Erhebung des Zeugenbeweises sind überdies ohne allen Nutzen mit schleppenden Formen überladen, welche zuweilen dessen Abschluß weit über allen Bedarf in die Ferne hinausrücken. Eine dem Gerichte vorgesteckte Frist zur Beendigung des Zeugenverhörs wird hier gänzlich vermißt, und würde unter den jetzigen Umständen auch unausführbar sein. Der Zeugenbeweis des deutschen ordentlichen Prozesses ist in das ewige Zwangscamisol der Artikel, Responsionen und Interrogatorien eingeschnürt, und defilirt dann mit abgemessenem Schritte in der hageren Gestalt des Zeugenrotulus über die Scene. Das erste Gebrechen desselben ist die vollständige Passivität des leitenden Richters, dessen Beruf doch gerade darin besteht, Alles aufzubieten, um die gewissenhafte Ueberzeugung des Gerichtes, welches ihn abordnete, zu erleuchten. Die einzige vernünftige Phase, in welche das Zeugenverhör zurückkehren sollte, ist das Kreuz- und Querverhör, die cross-examination des engl. Prozesses, welche keiner langen Erklärung mehr bedarf, weil wir sie alle Tage vor den Strafgerichten aufführen sehen; das deutsche Zeugenverhör ist in Civilsachen die gerade Kehrseite davon. In den Beweisartikeln bemüht sich vorerst jeder Anwalt, sein Beweisthema soviel möglich in die Länge zu ziehen; in den Fragstücken will es sein Gegner erst vollends in die Breite schlagen. Eine lange Kette von Artikeln über ein verwickeltes Faktum zum Voraus aufstellen, ist eine unmögliche, oder doch in vielen Fällen ganz nutzlose Sache; denn das Wesen der Conversation im Allgemeinen, und des Verhörs im Besonderen besteht darin, daß die vorhergehende Antwort die nächstfolgende Frage erst gibt und geben muß, um den Gegenstand zu erschöpfen. Zu einem natürlichen Antritte des Zeugenbeweises gehören nur zweierlei Dinge, daß die Partei ihre Zeugen benennt, und bestimmt kennbar macht, ferner daß sie die Punkte bezeichnet, worüber sie jeden derselben vernommen sehen will; alles Andere ist Ueberfluß und kann sehr füglich dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, dessen erste und natürlichste Frage immer die sein wird: Was wissen Sie über

die streitige Sache anzugeben? So aber finden wir zwanzig Artikel hintereinander, wo die Bezeichnung eines einzigen Punktes genügen würde; an der Spitze stehen immer, wie schwerfällige Vorreiter, die bekannten Sätze: Wahr, daß Zeuge den Kläger kennt; wahr, daß Zeuge auch den Beklagten kennt; wahr, daß dem Zeugen das streitige Feld bekannt ist, oder daß derselbe an dem Abende, wo die Injurie vorfiel, in dem Wirthshause zu X. zugegen war. Wenn den Richtern zur Pflicht gemacht wäre, durch ihre Zwischenfragen alle Punkte zu erheben, welche auf das streitige Recht einigen Bezug erleiden, oder wenn eine Vollzugsvorschrift diese Fragen für die sich darbietenden Hauptfälle zum Voraus aufstellte, so wäre es vollkommen ausreichend, schon jetzt die Zeugen gleich unmittelbar zum Beweisthema oder zu einem Gliede desselben zu bezeichnen, wie solches die GO. K. IX. §. 6 Nr. 6 vorausgesetzt zu haben scheint. Einer der verwickeltsten Punkte eines Thatbestandes beruht gewiß in der Ersitzung einer Prädialservitut, eines Weide- oder Fahrtrechtes, eines Streu- oder Holzbezuges durch dreißigjährigen Quasibesitz. Eine zu gebende Anleitung könnte nun den Richtern zur Pflicht machen, in Fällen dieser Art alle vorgeschlagenen Zeugen genau darüber auszufragen, was sie von der streitigen Ausübung wissen, wie lange und in welchen Zeiträumen sie solche selbst wahrgenommen, was sie von Anderen darüber erfuhren, wie weit das quantum possessum gegangen, ob die Ausübung nicht heimlich, bittweise oder gewaltsam geschah, wie lange sie wieder ruhte, ob und auf wie lange, dann wodurch sie unterbrochen wurde, was die Natur einer Rechtsausübung bezeichnete, worin etwa die Gegenleistung bestand, u. dgl. m. Wäre diese entwickelte Richtung des Verhörs im Voraus vorgezeichnet, so könnte sich der Beweis- und Gegenbeweisantritt leicht auf die Sätze beschränken: Ueber die dreißigjährige oder unvordenkliche Ausübung jener Grundgerechtigkeit werden A., B. und C. als Zeugen benannt; Artikel und Fragstücke könnten dabei ganz in Wegfall kommen. Dagegen führt das Verfahren, wie es dermalen gangbar ist, zu einer so oftmaligen Wiederholung derselben Frage an die Zeugen, daß es diese nicht nur ermüdet, sondern auch zuweilen am Ende stutzig macht, so daß sie wohl glauben, sie müßten sich geirrt haben, und die Sache nicht mehr recht wissen. Wenn z. B. ein Kläger den Beweis über die dreißigjährige Ausübung eines Fahrtrechtes zu erstellen hat, und der Beklagte darüber, daß die Fahrt heimlich oder bittweise stattfand, so können beide hierüber dieselben Zeugen vorschlagen. An

den betreffenden Artikel des Klägers hängt der Beklagte ein schriftliches Fragestück im umgekehrten Sinne, an den des Beklagten über das Precarium der Kläger das seinige, was schon vier Fragen über nahebei dieselbe Sache ergibt. Allein an jede derselben knüpft sich bei der Vernehmung des Zeugen noch eine mündliche Frage der beiderseitigen Anwälte, ob denn Zeuge bei seinem abgelegten Eide darauf beharren könne, daß u. s. w., was nochmals vier, also im Ganzen acht Fragen über denselben Punkt ausmacht, über welchen schon eine genügt hätte; denn die Rechtsausübung bildet eine Beschaffenheit des zu erweisenden Quasibesitzes, welche schon in das Hauptbeweisthema selbst gehörte. Bedarf aber ein wirklich dunkler Punkt der Aufhellung, so kann man sicher sein, daß eine darauf gerichtete Zwischenfrage vermißt wird. Die Zeugenverhöre werden in der Regel bei den Gerichten sehr nachlässig und unbekümmert um den Gegenstand der ganzen Einvernahme gepflogen; es kömmt zuweilen vor, daß ein Instruktionsrichter, wenn die Zeugen schon versammelt sind, sie in der Eile beeidiget und ihre Abhör dann einem Accessisten überträgt, dem die Sache ganz neu ist, und der nicht mehr davon weiß, als was die Artikel und Fragestücke nothdürftig an Information gewähren. Die GO. hat den Richtern an mehreren Stellen zur Pflicht gemacht, nach Bedarf der Sache eigene Fragen an die Zeugen zu stellen und die dunkeln Antworten dadurch aufklären zu lassen; so namentlich in K. X. §. 15 Nr. 7, 8; §. 16 Nr. 5. Allein ein umsichtiger Gebrauch von diesem Rechte war schon vor 1837 längst aus der Praxis verschwunden; die wichtigsten Artikel wurden damals, und werden noch jetzt oft mit Ja oder Nein beantwortet, während sich doch überall ein dringendes Bedürfniß hervorthut, den Zeugen mit eigenen Worten von offener Brust weg sprechen zu hören.

Um diesen Gebrechen abzuhelfen, und das ganze Zeugenverhör auf einen besseren Fuß zu versetzen, verordnete die Novelle v. 1837 in ihrem §. 46 nach dem Vorbilde der preuß. und der franz. Pr.-O. die Beiladung der Theile zum Verhöre mit dem Rechte der mündlichen Fragestellung an die Zeugen. Wohl selten war ein Auskunftsmittel umständlicher ersonnen, wohl nie hat es seinen Zweck so auffallend verfehlt. Zu ihren schriftlichen Interrogatorien, welche auch noch blieben, kommen nun die mündlichen Fragen der Anwälte hinzu, welche das Zeugenverhör ganz nutzlos noch mehr anschwellen. Wer die Sache in der Erfahrung durchgemacht hat, der wird gewiß Mühe haben, eine einzige mündliche Frage in seiner Erinnerung

hervorzusuchen, welche die Beleuchtung der Sache nur um einen Schritt weiter gefördert hätte; die meisten jener Fragen lauten immer wieder: Zeuge solle angeben, ob er denn bei seinem abgelegten Eide darauf beharren könne, daß . . . u. s. w. Mitunter kommen auch wohl aberwitzige Fragen zum Vorschein, wie folgende: Ob denn Zeuge 30 Jahre über immer auf einem Flecke gestanden, um jedesmal zu sehen, wann und wie oft Kläger über den Acker fuhr[2])? Die gesetzliche Beiladung der Parteien zum Zeugenverhöre hat zwei große Nachtheile, daß sie den Ablauf des Verhörs um ein Bedeutendes aufhält, und die Kosten unmäßig vermehrt. Um einen einzigen Zeugen zu verhören, müssen nun fünf Personen zusammentreffen und unverhindert sein, ein Richter und ein Aktuar, zwei Anwälte und der Zeuge selbst; welch' große Noth, um alle fünf glücklich zusammen zu bringen! Statt das in der Regel unnöthige Produktionsverfahren für die Urkunden des Falles abzuschneiden, hat man den Anwälten einen neuen Vorwand gegeben, durch Reisen, Taggelder und Gebühren die Kosten ohne allen Nutzen in die Höhe zu treiben, und kein Zeugenverhör mehr vor sich gehen zu lassen, zu dem sie nicht hinreisen[3]). Wenn denn doch eine Beiladung der Theile angezeigt sein sollte, warum darf sie nicht mit der Einschränkung geschehen, daß keinem Anwalte hiefür eine Reisegebühr passirt, und daß wegen einer Verhinderung des Anwaltes oder der Partei eine Vertagung des Verhöres nie stattfindet? Das Ausbleiben der Zeugen ist zudem mit einer vollständigen Impunität bedeckt, obwohl die GO. K. X. §. 8 sehr scharfe Vorschriften wider dieselben gegeben; von einer Verurtheilung des ungehorsamen Zeugen in die Kosten oder von einer Realcitation desselben ist keine Spur mehr erfindlich. Auch die Verhinderungen der Richter sind nicht selten. Auf solche Weise kömmt es, daß, während zur Ver-

---

2) Zuweilen erheitern auch im Laufe eines Zeugenverhörs lange Kämpfe mit Protestationen gegen Fragen, Verwerfungen derselben und Verwahrungen die Scene, z. B. in einer Injuriensache, wo nur die vor dem Wirthshause vorgefallene Mißhandlung dem Kläger zum Beweise zugelassen war, so wie daher ein Zeuge auf etwas zu sprechen kam, was vorher in der Wirthsstube vorfiel, der Beklagte dagegen protestirte, und der Richter ihm den Mund verschloß. (RNr. 739, 58/59.)

3) Es kam bereits ein Fall vor, daß ein Anwalt, um einem Zeugenverhöre bei einem auswärtigen Gerichte beizuwohnen, im strengen Winter, wo die Gebirgswege mit Schnee verlegt waren, auf einem weiten Umwege dahin reiste und 60 oder 70 fl. an Gebühren hiefür verrechnete, ohne dann eine andere als ganz müssige Fragen an ein paar Zeugen zu stellen.

handlung vor einem Schwurgerichtshofe oft 50 Zeugen geladen sind, von denen kaum je einer oder zwei ausbleiben, um in einer Civilsache fünf Zeugen zu vernehmen, unzählige Wiederholungen des Verhörtermines stattfinden, und oft ein Jahr darüber verläuft[4]).

4) Wie schwerfällig die Führung des ordentlichen Zeugenbeweises in seiner jetzigen Behandlung sei, mag als Beispiel folgender Fall zeigen. Ein an seiner Ehre auf das Empfindlichste gekränkter Ehemann erhob den 30. Juni .... eine Scheidungsklage gegen seine Gattin, die sich des Ehebruches dringend verdächtig gemacht hatte; zugleich übergab er auch einen vorläufigen Antrag, ihm zu erlauben, während des Scheidungsprozesses von ihr abgesondert zu leben, mit der Bitte, ihr durch ein M. S. C. aufzugeben, sein Haus auf der Stelle zu verlassen; zur Bescheinigung der Sache wurden fünf Zeugen zur Abhör vorgeschlagen. Diese Zeugen wurden am 3. Juli geladen, und unter Beiladung der Ehefrau auch am 9. in einem Protokolle eidlich vernommen. Da sie alle Vorhalte genau bestätigten, so erfolgte schon am 18. Juli, d. i. am 15. Tage nach Einleitung des Zeugenverhörs der erbetene Auftrag an die beklagte Ehegattin, wobei zugleich für ihren provisorischen Unterhalt Vorsorge getroffen wurde. Hiemit schien die Sache so klar vor Augen gelegt, daß sich nicht absehen ließ, wie noch etwas vom Klagegrunde einer weiteren Bekräftigung bedürfen sollte. Allein die Verhandlung der Scheidungsklage, die hiedurch unverrückt fortging, erforderte bis zur Rechtskraft des Beweisinterlokutes noch vierthalb Jahre. Kläger trat nun seinen Beweis durch dieselben fünf Zeugen an, deren frühere Aussagen er nebenbei als Urkunden mit vorlegte; die Beklagte versuchte einen Gegenbeweis mit drei zugelassenen Zeugen, worunter einer der klägerischen selbst; es waren also im ganzen sieben Zeugen zu vernehmen, wovon sechs in derselben Stadt, und nur einer in einem benachbarten Landgerichte wohnte. Dieses Zeugenverhör nahm aber von der ersten Ladung der sieben Zeugen bis zu seinem Schlusse sechszehn volle Monate in Anspruch, umfaßte 54 Aktenstücke und 156 Aktenblätter; obwohl alle sieben Zeugen gleich Anfangs auf einen Tag geladen waren, wurde dennoch wegen ihres Ausbleibens und anderer Hindernisse jeder allein, nie zwei an einem Tage vernommen. Vierzehnmal wurden die Vernehmungstermine von den beiden Anwälten wechselweise wegen Verhinderung beizuwohnen verbeten; mit Einschluß der Vereitlungen, welche das nie entschuldigte Ausbleiben der Zeugen und Hindernisse der Instruktionsrichter herbeiführten, kamen in den Akten 22 Verfügungen vor, wodurch die Zeugen wiederholt geladen wurden, und zwar immer alle noch fehlenden miteinander. Und dennoch lieferte das ganze Verhör keine neue Ausbeute, keinen Umstand, der nicht in dem ersten summarischen Zeugenverhör schon bekannt geworden, welches letztere dem Beweisantritte als Urkunde beilag. Die Querfragen, welche stellen zu können, die beiden Anwälte das Zeugenverhör vierzehnmal abgebeten hatten, waren alle gleich Null. Nach Ablauf von 6½ J. erfolgte in III. Instanz das Erkenntniß auf Scheidung der Ehe, welches keine andere Grundlage hatte, als Umstände, die schon in den ersten 14 Tagen nach erhobener Klage bekannt und gründlich erhoben waren, und welches wenigstens in I. Instanz schon am 18. Tage mit gleicher Umsicht erlassen sein konnte. (RNr. 1176, 45/46 und 1183, 47/48; — Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 199.)

Was aber die schlimmste Folge jener Neuerung war, besteht darin, daß sich seitdem der vernehmende Richter für vollkommen berechtiget hält, da beide Anwälte zugegen sind oder doch sein könnten, sie gewähren zu lassen und mit seinem eigenen Fragerechte völlig zu verstummen. Dieselbe Novelle von 1837 erlaubte an zwei anderen Stellen, in §§. 9 und 17 litt. b, in wie außer dem mündlichen Verhöre einer Partei, die ohne Anwalt erschien, die wahre Bewandtniß der Sache abzufragen; für die Zeugen, welche immer ohne Beistand erscheinen, hat dieselbe eine so zweckmäßige Einwirkung gewiß, ohne es zu wollen, wieder gelähmt[5]).

Worin mag wohl der Grund bestanden sein, aus dem man in dem Gesetze von 1837 die Beiladung der Theile, anstatt um die Zeugen blos schwören zu sehen, zu ihrer Vernehmung selbst verordnete? Gewiß nicht in einem Mißtrauen gegen die Richter und Gerichtsschreiber, als könnten diese das Verhörsprotokoll verfälschen; denn damals waren alle Zeugenverhöre in Strafsachen noch geheim, und auch heute noch kann ein Angeklagter wegen eines schweren Verbrechens auf die verlesene Aussage eines oder zweier Zeugen hin verurtheilt werden, von denen der eine inzwischen verstorben ist, der andere sich im Auslande befindet. Auch ist noch nie ein Fall bekannt geworden, in welchem ein Richter mit seinem Aktuar ein Zeugenverhör absichtlich verändert hätte. Die Absicht konnte also nur dahin gehen, durch das mündliche Fragerecht der Theile das todte Zeugenverhör wieder etwas zu beleben, und die ganze Wahrheit sich leichter daraus entfalten zu lassen. Hiezu wäre wohl das einfachste Mittel gewesen, dem verhörenden Richter einzuprägen, ohne alle Dazwischenkunft von Parteien den Zeugen durch geeignete Fragen selbst zur vollständigen Aufklärung über das ganze Faktum, wozu er vorgeschlagen ist, sammt Allem, was davon abhängt und

---

5) In dem Erkenntnisse eines Gerichtshofes v. 16. Jan. 1857 wurde hierüber bemerkt, eine Wiederholung des Zeugenverhörs von Amtswegen müsse verweigert werden, weil der Vernehmung der Zeugen die Parteien und Anwälte beiwohnten, und sonach denselben auch damals Gelegenheit geboten war, das in den Artikeln Mangelnde durch geeignete Fragstellungen an die Zeugen zu ergänzen, der Richter also auch zu einer weiteren Vorbereitung der Zeugenvernehmung um so minder veranlaßt gewesen sei, da diese Ergänzungen weit mehr in die Antragsrechte der Parteien, als in das officium der Richter fielen. (RNr. 1801, 56/57.) – Der oberste Gerichtshof selbst wies in einer anderen Sache kurz zuvor einen Antrag auf wiederholte und bessere Vernehmung der Zeugen zurück, weil der Anwalt des Klägers selbst zur Wahrung seiner Rechte dabei hätte erscheinen können. (RNr. 245, 55/56.)

dazu gehört, zu veranlassen, und den Obergerichten, wenn vielleicht etwas hierin vermißt wird, die Nachholung anzuempfehlen. Hiemit hätte man nur eine Hinweisung auf alte Vorschriften gegeben, welche schon in dem Wortlaute wie in dem Geiste der GO. lagen; der Sache nach wäre hiemit das Kreuzverhör in Civilsachen eingeführt und an die Stelle der mechanisch gegliederten Vernehmung gesetzt worden. Warum verfiel der Gesetzgeber nicht auf ein solches Auskunftsmittel? Offenbar nur zurückgehalten von dem mißverstandenen Eifer für das Ansehen und die Würde der Verhandlungsmaxime. Ueber den bestimmten Willen der GO. erhebt sich gebieterisch der weitverbreitete Glaube, ein Civilrichter dürfe nur receptiv, und nicht exploratorisch zu Werke gehen; hieraus allein erklärt sich die gewöhnliche Indolenz in der Fortschleppung des Zeugenverhöres. Die Frage des Richters an den unklar aussagenden Zeugen scheint für eine unzulässige Heilung des Versäumnisses der Partei gegolten zu haben, demselben den nämlichen Vorhalt zu machen, woraus doch die Gegenpartei ein Recht erworben, den entsprechenden Vortheil zu ziehen. An so kleinen Vorurtheilen müssen zuweilen wichtige und dringend gebotene Verbesserungen scheitern [6]). Der erste Schritt zu einer neuen Erkräftigung und Vereinfachung des Zeugenbeweises wäre gewiß nicht blos seine Umwandlung in ein Kreuzverhör, sondern auch die Unterdrückung der Beiladung der Parteien und vor Allem der Ausschluß ihrer Anwälte [7]).

Die strenge vorgeschriebene Förmlichkeit des ordentlichen Zeugenverhörs führt noch zu dem weiteren Mißstande, daß Vernehmungen und gerichtliche Aeußerungen dritter Personen, die nicht in jenen Formen erhoben sind, für Nichts gelten, oder höchstens nur als Nebenbehelfe wie ein schriftliches Zeugniß gezählt werden. Wenn in einer Voruntersuchung oder auch in einem Prozesse zwischen anderen Personen bereits Zeugen verhört sind, gleichviel ob eidlich oder nicht, so glauben die Richter darauf keine Rücksicht nehmen zu dürfen, weil sie die Artikel und Fragstücke vermissen, auch die Theile zur Vernehmung nicht beigeladen waren. Statt überall willkommene Lichtpunkte zur Enthüllung der Wahrheit aufzusuchen, weist man

6) Vermuthlich ließ man es mit den Anmerk. zum bayer. LR. III. 3 §. 9 Nr. 4 litt. b dabei bewenden, „weil sich hieran nichts hätte reformiren lassen, ohne den langen Schweif, welcher daran hängt, gleichfalls mit wegzuschneiden.“

7) Welche Weitläufigkeiten die überall erforderliche Beiladung der Theile zum Verhöre von Zeugen herbeiführe, welche einem anderen Gerichte untergeben sind, ist hinlänglich bekannt.

diejenigen unbeachtet zurück, die von selbst entgegenkommen, und greift lieber nach dem Eide, welcher nur Widerschein und Irrlicht verbreitet. Die Folge hievon besteht darin, daß der Anwalt des Beweisführers solche Zeugenverhöre als Urkunden benützt, die oft zahlreich aus Untersuchungsakten ausgezogen werden, und daneben wieder dieselben Personen als Zeugen zur nochmaligen Vernehmung vorschlägt, worauf dann sein Gegner die geringste Abweichung in den beiden Aussagen benützt, um einem solchen Doppelgänger alle Beweiskraft abzusprechen. Die große Leichtigkeit, zu jeder Zeit noch weitere Zeugen nachzuschieben, und unter dem Vorwande, sie erst später aufgefunden zu haben, dafür Wiederherstellung zu erlangen, wurde bereits oben im VIII. Abschnitte (S. 386 ff.) mit all' ihren mißlichen Folgen erwähnt. Das Zeugenverhör gelangt auf solche Weise nie an sein sicheres Ende, erst Zeugen zu ewiger Gedächtniß, dann die Hauptzeugen zur rechten Zeit, dann eine Wiedereinsetzung für zwei neu entdeckte vor dem Urtheile der I. Instanz, endlich die Incidentrestitution in II. und III. Instanz. Nun erst kömmt die Restitutio ex capite novorum gegen das rechtskräftige Endurtheil, und wenn Alles erschöpft zu sein scheint, beginnt mit der weiteren Restitution über die bewilligte erste nach GO. K. XVI. §. 1 Nr. 10 die Reihe wieder von vorne an. (Anh. II. Nr. 10, 11.) Diese Masse von Zeugenaussagen wird dann in den Deduktionsschriften den Appellations- und Revisionslibellen mit bekannter Breite noch mehreremale recapitulirt; das erstrichterliche Urtheil, die Erkenntnisse der II. und III. Instanz überbieten sich an Fleiß und Eifer, das Erhebliche daraus wenigstens im Auszuge in ihre Spalten aufzunehmen. Erst hieran reiht sich nun die schulgerechte Prüfung an, welch' ein Umstand durch Zeugen erwiesen, und welcher es nicht sei, von welchem das gerade Widerspiel dargethan, ob er ganz oder halb, ob sein Gegenfüßler zu ein Viertel oder zu drei Viertheilen erprobt sei, wie viel von dem mühsamen Aufbaue des Hauptbeweises ein mißgünstiger Gegenbeweis wieder niederdrücke, wie viel von seiner Mächtigkeit eine quer darüber hinweglaufende Ader des Einredebeweises hinwegschleife, ob der Gegenbeweis direkt oder indirekt, was Klags- und was Replikbeweis sei, was auf der Höhe bleibe, was zu Boden sinke, und wie am letzten Ende aus der ganzen Verwicklung dieser Zusammenstöße mit dem Nothanker ausgeworfener Eide wieder herauszukommen sei[8]).

8) Wie viel Scharfsinn wurde nicht bereits zur Entwirrung der verzweifelten Lehre der Collision gleichartiger und ungleichartiger Beweismittel, dann von der

Wem diese wenigen Bemerkungen etwa nicht genügen sollten, mit sich in's Reine zu kommen, der darf nur einen Zeugenrotulus von einem gewissen Umfange mit anhören, um sich von diesem Musterbilde einer formalistischen Verwirrung bis zum Ueberdrusse sättigen zu lassen, und seine Ueberzeugung vollends erst zu befestigen, daß in der dermaligen Haltung des Zeugenbeweises einer der wundesten Flecke des deutschen Prozesses blos liegt, für welchen eine radikale Reform dringend nöthig erscheint.

Im französischen Civilprozesse, um auf diesen überzugehen, gehört der Zeugenbeweis zwar auch in die Klasse der ordentlichen Beweise, deren Gebrauch von Rechtswegen offen steht; jede Partei, die verlangt, zu seiner Führung zugelassen zu werden, hat die Vermuthung für sich, und braucht nicht erst darzulegen, daß auch ein Fall gegeben sei, in welchem er stattfindet [9]). Allein die Fälle, in welchen er gesetzlich ausgeschlossen ist, oder auch sonst darüber hinweggegangen wird, sind so häufig und mannigfach, daß sich die Regel thatsächlich beinahe umkehrt, und man mit vielem Grunde sagen kann, wie ein Schriftsteller bereits gethan hat: Der Zeugenbeweis findet nur in den selteneren Fällen Gehör und Zugang in den Gerichten. Das französische Gesetz sieht auf den Zeugenbeweis mit vielem Mißtrauen herab, und sucht überall, soviel möglich, seine Nachhilfe entbehrlich zu machen [10]); zweierlei Einschrän-

---

eventuellen Eideszuschiebung aufgeboten? Wer kennt nicht das große Tournier zwischen dem Bevorzugungsprinzipe und der Subtraktionsmaxime, die gebrochenen Lanzen zwischen der materiellen Gewissensvertretung und dem unverbrauchten Gegenbeweise? Wer hätte nicht bereits gehört von der gegenseitigen Paralysis der Beweise und dem hitzigen Wettkampfe des Notheides mit dem Surplus auf Seite des Reprobanten? (Vgl. Gießner Zeitschrift für Civ.-R. und Prozeß N. F. Bd. VII. S. 301 ff., S. 329; — Archiv für Civ. Pr. Bd. 33 S. 43 ff.; — Vergleichende Darstellung des gem. und bayer. Civ. Proz. S. 231 ff.)

9) Bonnier bemerkt a. a. O. Nr. 111: „Hat die Civilrechtspflege einen nicht vertragsmäßigen Thatumstand zu würdigen, z. B. eine Schwierigkeit über den Besitz, so ist sie vollkommen ermächtiget, den Zeugenbeweis zu verordnen, von welchem Werthe auch der Gegenstand des Streites sein mag."

10) Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 213 bemerkt: „Bereits zu den Zeiten der Kreuzzüge wurde nach den Assisen von Jerusalem die Klage laut, daß viele Leute ohne Recht und allen Grund um Haus und Hof gebracht werden, weil man leicht zwei Manns- oder Weibsleute aus der Herrschaft des römischen Rechtes oder auch von jeder anderen Nation finden könne, welche für Geld Meineide leisteten, so viel man wolle." — Berriat St. Prix sagt im Titel vom Zeugenverhöre seines Cours de Proced. civ.: „Es ist eine durch die Erfahrung be-

kungen tragen wesentlich dazu bei, dessen Tragweite in diese engen Gränzen zurückzuweisen. Vor Allem kömmt hier der Art. 1341 C. N. in Betracht, welcher für alle Verträge, deren Werth sich über 150 Francs belauft, selbst mit Einschluß des Darlehns und auch für Zahlungen über jenen Belauf nur den Urkundenbeweis zuläßt, und von dieser Regel blos die Verbindlichkeiten aus Quasicontrakten und aus Delikten ausnimmt[11]. Ueberdies tritt aber auch noch die von den Gerichten sich selbst beigelegte billigmäßige Amtsgewalt hinzu, den Zeugenbeweis zuzulassen oder nicht, selbst in solchen Fällen, wo ihn der Gesetzgeber nicht ausgeschlossen hat. Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 106. Ein Hauptfall dieser Zurückweisung besteht nun nicht blos darin, wenn der Zeugenbeweis unerheblich ist, die Urkunden schon die nöthige Gewißheit ergeben, sondern auch, wenn die Umstände, worüber er angeboten wird, nicht

stätigte Wahrheit, daß die Zeugschaft der Menschen nur mit vieler Behutsamkeit zugelassen werden darf. Nach dieser Bemerkung ermächtiget das Gesetz zum Zeugenbeweise nur unter Umständen, welche dasselbe genau vorzeichnet, und mit Vorkehrungen verbunden, welche ihn so zuverlässig und sicher als nur immer möglich machen."

11) Siehe oben S. 36. Boncenne a. a. O. Introduct. Ch. 9 äußert sich dahin: „Die Ordonnanz von Moulins war ein Werk des Kanzlers de l'Hopital aus dem J. 1566; ihr Artikel 54 findet sich so ziemlich im Art. 1341 C. C. wieder gegeben, und lautet dahin: Um der Vervielfältigung der Thatumstände vorzubeugen, welche man bisher vor Gericht vorbringen sah, um durch Zeugen oder Einwürfe gegen Zeugen erwiesen zu werden, woraus mehrere Uebelstände und Verwicklungen der Prozesse hervorgehen, so haben Wir verordnet und verordnen, daß von nun an über alle Sachen, welche die Summe oder den Werth von 100 Livres auf einmal zu zahlen übersteigen, Verträge von Notaren und vor Zeugen errichtet sein müssen, durch welche Verträge allein die Probe über die bezeichneten Dinge geführt werden kann, ohne einen Zeugenbeweis wider den Inhalt jener Verträge oder über dasjenige, was etwa vor, während oder nach denselben besprochen oder ausgemacht sein möchte, zuzulassen; womit Wir jedoch nicht gemeint sind, Privat- und andere Verträge auszuschließen, welche die Theile unter ihrem Siegel und Unterschrift etwa errichtet haben könnten." — Bonnier a. a. O. Nr. 113 bemerkt über denselben Gegenstand: „Der erste Eindruck der von Karl IX. erlassenen Ordonnanz von Moulins, welche zuerst den schriftlichen Beweis für Verträge und Zahlungen erforderte, war nach der Bemerkung eines damaligen Schriftstellers ungünstig. Quum primum nota et promulgata fuit haec Caroli IX. regia Sanctio, plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria. Allein das Parlament von Paris gewöhnte sich bald daran, und gab später zu der Bemerkung (von Boiceau) Anlaß: Nulla toto hoc saeculo Constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa fuit amplissimo nostro Galliae Senatui."

wahrscheinlich genug sind, so daß sich seine Erfolglosigkeit mit Bestimmtheit vorhersehen läßt. Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 25 und 209[12]). Die Quelle dieser Freiheit ist ganz unscheinbar in Worten verborgen, wo man dieselbe gar nicht vermuthen sollte. Der Art. 253 C. Pr. verordnet nämlich: Wenn die artikulirten Thatumstände zulässig (admissibles) und widersprochen sind, auch das Gesetz ihren Beweis durch Zeugen nicht verbietet, so kann derselbe verordnet werden. Der Cass.-Hof sprach sich nun bereits in einem Erkenntnisse vom 9. Nov. 1814 hierüber klar aus[13]): „In der Erwägung, daß die Zulassung artikulirter Thatumstände zum Zeugenbeweise, wenn solche schon an sich zulässig sind, nach dem Wortlaute des Art. 253 C. Pr. für die Richter rein facultativ ist; woraus sich die Folge ergibt, daß sich dieselben weigern dürfen, die gedachte Probe zuzulassen, wenn sie schon außerdem in der Instruktion des ihnen unterbreiteten Prozesses zureichende Urkunden finden, um ihre Meinung über die streitigen Punkte zu befestigen; — aus d. Gr. sei der Recurs zu verwerfen[14]).

12) Siehe oben S. 92 und 335, wo diese Stellen bereits mitgetheilt sind.

13) Rogron, Code de Proced. expl. zu Art. 253. — Etwas bestimmter drückt sich schon der Art. 34 C. Pr. von dem Zeugenverhöre vor den Friedensgerichten aus, wo es heißt, der Friedensrichter könne ein solches verordnen, wenn die streitigen Umstände ihrer Natur nach durch Zeugen bewiesen werden dürften, und derselbe ihre Erprobung nützlich und zulässig finde. Das Wort „zulässig" hat also auch hier keinen Bezug auf die Statthaftigkeit des Zeugenverhöres, sondern läßt sich nur von seiner Zweckförderlichkeit verstehen.

14) Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 229 äußert sich: „Die Thatumstände, die man durch Zeugen beweisen will, müssen auch zulässig sein; sie sind aber zulässig, wenn ihr Einfluß in Voraussetzung, daß sie erprobt werden, auf die Hauptsache schlußbündig und ernstbemessen ist, wenn sie einen Zusammenhang mit dem Gegenstande des Streites haben, und nicht von aller Wahrscheinlichkeit entblößt sind. Jedes Urtheil, welches, ehe es die Hauptsache selbst entscheidet — avant de faire droit — eine Probe verordnet, ist ein Interlokut. Nun ist es aber nicht selten, daß der Richter, welcher Anfangs an die Nothwendigkeit eines solchen Beweises geglaubt hatte, zu anderen Betrachtungen zurückkehrt, und am Ende seinen Spruch aus Gründen ertheilt, welche unabhängig von den Ergebnissen des geführten Beweises sind. Was noch nicht präjudizirt ist, wird nie unwiderruflich; daher die Maxime (des franz. Prozesses): Ein Interlokut bindet den Richter nicht. Hieraus läßt sich um so fester die Folge ziehen, daß, wenn das Gericht frei ist, sein Urtheil zu fällen, ohne sich bei einem von ihm doch verordneten Zeugenverhöre aufzuhalten, es desto mehr in seiner Macht haben müsse, dasselbe gleich Anfangs nicht zu verordnen." Die Note hiezu führt mehrere Erkenntnisse der Gerichtshöfe an, welche aufstellen, daß die Richter eine unbegränzte Freiheit haben, die Erheblichkeit der Umstände zu be-

Dieses wichtige und heilsame Vorrecht, den Zeugenbeweis nur nach Gutbefinden zuzulassen, erleichtert den Richtern die Urtheilsschöpfung ebenso sehr, als das im vorigen Abschnitte erwähnte, die Urkunden gleich auf den ersten Anblick für ächt oder falsch zu erklären. In der That wird auch besonders der Zeugenbeweis von der französischen Jurisprudenz in einer weisen Entfernung gehalten; selbst in Fällen, in denen er zulässig wäre, behilft man sich, so gut und so lange es nur immer angeht, ohne denselben mit den Urkunden und Umständen des Falles, und mit den mündlichen Erklärungen der Theile oder ihrer Anwälte bei der öffentlichen Verhandlung, da nichts im Wege steht, diese ebenso glaubwürdig zu finden, als dasjenige, was ein in Vorschlag gebrachter Zeuge selbst aussagt. Ein sehr gewöhnlicher Entscheidungsgrund, um den verlangten Zeugenbeweis zurückzuweisen, besteht hienach darin: Erwogen, daß ein Theil der artikulirten Thatumstände, wenn sie auch erprobt wären, noch immer den streitigen Punkt nicht feststellen würde, ein anderer Theil nicht wahrscheinlich genug ist, daß sie daher weder schlußbündig noch zulässig sind. (Anh. I. Nr. 81—84.) Wie viele Beweisartikel müßte nicht im deutschen Prozesse dieser einzige Entscheidungsgrund, wäre er uns zugänglich, bei dem ersten Auftauchen zum Ausfalle bringen?

Noch ein großer Vorzug, welcher der Haltung des Zeugenbeweises im franz. Prozesse zukömmt, besteht in der freien Würdigung dessen, was die Zeugen aussagen, ungebunden durch Regeln einer festen Beweistheorie, worüber bereits oben im II. Abschnitte (S. 41) einige aufklärende Bemerkungen vorkamen. Unter der Herrschaft des älteren Prozesses folgte man hierin den Anleitungen, welche das römische Recht gegeben haben sollte; noch Pothier, der doch über so viele Theile der Rechtswissenschaft ein neues Licht zu verbreiten wußte, vertheidigte ganz die deutsche Beweistheorie, in-

---

messen, worüber der Zeugenbeweis angeboten wird, diesen Beweis zuzulassen, oder zurückzuweisen, und daß dem Cass.-Hofe hierüber kein Recht der höheren Prüfung zukömmt. — Auch Carré a. a. O. Qu. 973 ter tritt gegen Pigeau gleichfalls der Meinung bei, daß die Gerichte von der Verordnung eines an sich zulässigen Zeugenbeweises Umgang nehmen können, wenn sie in dem Prozesse bereits Urkunden oder andere Anhaltspunkte (also auch Vermuthungen) genug finden, um ihre Meinung festzustellen, daß sie sich deshalb nicht viel mit der Pertinenz der Artikel zu beschäftigen brauchen, sondern es im Allgemeinen der vernünftigen Einsicht der Richter selbst überlassen ist, ein Zeugenverhör, einen Augenschein oder eine Vernehmung von Sachverständigen, einen Aechtheitsbeweis oder ein Parteiverhör zu verordnen oder abzuschlagen.

dem er sagte (Traité des oblig. Nr. 818): „Das Zeugniß einer Person, so hoch gestellt und glaubwürdig dieselbe auch an sich sein mag, kann nie eine volle Probe machen. Aber ein Zeuge macht einen halben Beweis, welcher zuweilen, von dem Eide unterstützt, in einer bedeutenden Sache den vollen Beweis zu begründen vermag." Die zwei Hauptregeln jener Beweistheorie bestanden, wie im deutschen Prozesse, darin: Ein Zeuge macht niemals einen vollen Beweis, zwei Zeugen müssen immer einen solchen machen, ihrer Uebereinstimmung muß geglaubt werden. Bonnier a. a. O. Nr. 241 u. 242. Die neueren Schriftsteller erhoben sich mit Recht gegen diese unsinnige Theorie; einige der älteren hatten bereits ihre Unhaltbarkeit durchschaut. So Bonnier a. a. O. Nr. 238, welcher bemerkt: „Die Wahrheit, welche der gesunde Menschenverstand eingibt, daß man die Zeugen abwägen und nicht zählen müsse, wurde schon von den römischen Juristen verkündiget, welche kein System legaler Beweiserfordernisse zuließen." Boitard a. a. O. T. I. Nr. 508, indem er die alten Beweisregeln geschichtlich erzählt, fügt die treffende Bemerkung bei: „Dieser ohnmächtige und selbst lächerliche Versuch, feste und selbst arithmetische Regeln in das Element der Ueberzeugung zu übertragen, welches sich doch zu keinem allgemeinen und im Voraus abgemessenen Anschlage hergibt, wurde besonders mit scharfen Zügen von Rodier gezeichnet. Ein noch seltsamerer Einfall dieser Lehre, die Beweise auszurechnen, fand sich den Frauen gegenüber ein. Einige Parlamente ließen die Aussage eines Weibes nur die Hälfte, andere nur den dritten Theil der Aussage eines Mannes gelten. Zu so unsinnigen Ergebnissen hatte die verunglückte Idee hingeführt, die Ueberzeugung im Voraus in Fesseln zu schlagen und ihr vorzuschreiben, daß die Aussage eines Zeugen, welches auch immer seine unparteiische Stellung, sein moralisches Ansehen sein möge, nie einen genügenden Grund zur vollen Ueberzeugung, daß aber die Aussage zweier Zeugen einen zureichenden und selbst einen gebieterischen Antrieb zur Annahme der vollen Gewißheit gewähre [15])." Das neue Civilgesetzbuch, indem es die

---

15) Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 253 bemerkt zu derselben Lehre des Parlamentes von Toulouse über die einwendungsmäßigen Zeugen: „Die Einwendungen wurden nach ihrer Beschaffenheit zugelassen entweder gegen die ganze Zeugschaft, oder gegen einen aliquoten Theil derselben; man tarifirte dasjenige, was sie einer Aussage an Werth benehmen sollten. .... Wenn von vier einwendungsmäßigen Zeugen zwei nur für halbe Zeugen angeschlagen wurden, so machten sie zusammen einen ganzen aus; wenn dann der dritte ein Viertel und der

ganze Lehre von der Beweiskraft der einzelnen Beweismittel Art. 1315 ff. in sich aufnahm, schwieg über die Wirkung des Zeugenbeweises; die Folge hievon besteht selbstverständlich darin, daß sein Eindruck, gleich dem der einfachen Vermuthungen, der billigen Umsicht und gewissenhaften Ueberzeugung der Richter überlassen wurde [16]). Hieraus bildeten sich denn vorzugsweise zwei Sätze, welche den oben erwähnten scharf gegenüber treten: Auch ein Zeuge, dessen Aussage nicht durch andere Umstände geschwächt oder verdächtiget wird, kann vollen Beweis machen, wie solches der §. 15 der bayer. Prozeßnovelle von 1837 für unbedeutende Streitigkeiten im Betrage unter 50 fl. erlaubte, — und alsdann der zweite: Was mehrere Zeugen bestätigen, muß nicht nothwendig als wahr angenommen werden, womit den verdächtigen und falschen Zeugen das große Gewicht benommen ist, welches ihnen der deutsche Prozeß als unabwendbar beigelegt hat. Im ersten Falle denkt Niemand an eine Ergänzung durch den Erfüllungseid, im zweiten noch weniger an eine Abschüttlung durch den Reinigungseid, obwohl beide Hilfsmittel den Gerichten von Rechtswegen offen stünden [17]).

Die Lehre von der Führung des ordentlichen Zeu=

vierte drei Viertel (eines classischen) bewies, so gab dieses wieder einen Zeugen. Daraus ging dann eine zureichende Probe hervor; denn aus vier, die alle für einwendungsmäßig erachtet wurden, hatte man einen laufenden Werth von zwei herausgezogen, womit der Maxime Genüge geschah: In ore duorum testium stabat omne verbum. Mit weniger konnte man nicht überzeugt sein.“

16) Auch für den neapolitanischen Prozeß bekundet de Cesare, delle pruove in mat. civ. S. 132 die volle Ungebundenheit des richterlichen Urtheiles in der Abwägung des Zeugenbeweises, nur mit Ausnahme des einzigen Falles, wenn alle Zeugen über einen Umstand übereinstimmen, wo der Richter seine Ueberzeugung nicht auf die umgekehrte Seite soll wenden dürfen.

17) Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 263 bemerkt hierüber: „Heut zu Tage ist die Sache ganz anders; zwei Zeugen sind nicht unerläßlich nothwendig, um eine volle Probe zu machen, und zwei Zeugen machen auch nicht nothwendig eine volle Probe. Die Richter sind von jedem Zwange befreit, um den Werth der Zeugenaussagen zu würdigen; die eines gesetzlich ganz klassischen Zeugen ist nichts desto weniger der Herrschaft ihres Gewissens unterworfen, nach fr. 13 de test. (22, 5).... ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere.“ — Auch Carré a. a. O. Qu. 1090 äußert sich in gleichem Sinne, alle Unterscheidungen des älteren Rechtes über die Zahl und Qualität der Zeugen seien heut zu Tage eine reine Subtilität; der Richter habe gegenwärtig nur nach seiner innigen Ueberzeugung zu entscheiden.

genbeweises ist im II. Buche 12. Tit. der Pr.=O. enthalten; die wichtigsten Punkte derselben bestehen etwa in Folgendem [18]):

1) Der Beweis durch Zeugen soll zwar in den Augen der Rechtspflege nur insoferne von Gewicht sein und Beachtung finden, als alle gesetzlich vorgezeichneten Regeln dabei beobachtet sind. Ein bloses Privatzeugniß, welches nur zu oft unbedachtsamer Weise aus Gefälligkeit ausgestellt wird, hat keine regelmäßige Beweiskraft; ausgenommen hievon sind nur die Notorietätszeugnisse, welche ein Beamter in besonderen vom Civilgesetzbuche bestimmten Fällen nach vorgängiger Einvernahme einiger Zeugen auszustellen berechtiget ist [19]). Allein gleichwie beim Urkundenbeweise an die Seite der beweiskräftigen Urkunde sich die moralische Probe durch schriftliche Nebenbehelfe stellt, ebenso steht auch der unförmliche Zeugenbeweis zwar nicht unter diesem Namen und von der Theorie entwickelt, wohl hingegen thatsächlich in der Praxis neben dem legalen und formellen in einem nicht selten wiederkehrenden Ansehen. Vor Allem werden bei den mündlichen Verhandlungen, wie schon öfter erwähnt, schriftliche Privatzeugnisse und Correspondenzen zwischen dritten Personen ohne Anstand verlesen, deren Inhalt natürlich nur für eine unbeschworne und schriftliche Aeußerung eines Zeugen gelten kann, und als solche dem Ermessen der Gerichte überlassen bleibt. Dann aber steht den Gerichten auch ganz unbedenklich frei, bereits gepflogene Zeugenverhöre, gleichviel, ob eidlich oder nicht, aus einer Voruntersuchung, aus der summarischen Note eines Strafprozesses, aus einer administrativen Verhandlung, wenn sie ihm vorgelegt werden, zu benützen, wo nicht, dieselben sich selbst erst vorlegen zu lassen, und aus ihrem Inhalte alle Folgerungen für die Wahrheit der Thatsachen zu ziehen, welche den Verhältnissen der Sache angemessen sind. Ja, die Pr.=O. selbst hat an zwei Stellen das unförmliche Zeugenverhör eingeführt und in Schutz genommen. Jeder Zeuge muß auch in Civilsachen in der Regel eidlich vernommen werden; minderjährige Personen unter 15 Jahren können aber gleichwohl auch unbeeidiget abgehört werden, nur mit dem Vorbehalte, ihren Aussagen blos so viel Gewicht beizulegen, als ihnen vernünftiger Weise zukömmt, — sauf à avoir a leur dépositions tel égard, que de raison. Art. 285 C. Pr. Diese

18) Das Zeugenverhör heißt im Französischen Enquête, ein Name, der von dem lateinischen Worte Inquisitio abstammt.

19) Vgl. Berriat St. Prix, Tit. des enquêtes im Eingange und Note 5.

letztere Klausel kann nur vermöge einer augenblicklichen Zerstreuung in die neue Pr.=O. mit übergegangen sein; sie paßte wohl noch in das System der Ordonnanz von 1667, die an einer Beweistheorie festhielt, aber heutzutage wird einem jeden Zeugen nur so viel Glauben geschenkt, als seine Angabe vernünftiger Weise verdient, der ohne Eid vernommene Minderjährige unterscheidet sich daher auf diesem Punkte nicht mehr von dem beeidigten Großjährigen [20]). Vermuthlich wollte der Schlußsatz jenes Artikels nur dieselbe Vorsicht empfehlen, welche der Präsident eines Assisenhofes den Geschwornen in Erinnerung bringt, die Aussage eines unbeeidigten Zeugen behutsam zu würdigen. Wird ferner ein Zeugenverhör wegen eines vom Richter begangenen Versehens als unförmlich vernichtet, so muß es zwar wieder von vorne an begonnen werden; kann aber ein Zeuge hiebei nicht nochmals vernommen werden, so sollen die Richter auf seine alte vernichtete Aussage so viel Rücksicht nehmen, als der Natur der Sache angemessen ist, — les juges y auront tel égard, que de raison. Art. 292 C. Pr. [21]).

2) So oft eine Partei zum Zeugenbeweise zugelassen wird, steht der anderen der Gegenbeweis dawider von Rechtswegen zu; ob blos der direkte, oder auch der indirekte durch Beweis von Einreden, ist zwar bestritten, die gemeine Meinung verneint aber diese letztere Frage gewiß mit vollem Rechte, wie bereits oben im VI. Abschnitte (S. 337) angeführt ist. Vgl. Bonnier Nr. 209. Der Gegenbeweis muß übrigens gleichzeitig und innerhalb derselben Fristen geführt werden, wie der Hauptbeweis selbst. Art. 256.

3) Der Zeugenbeweis kann nach der Pr.=O. nur im Laufe eines Rechtsstreites vorkommen. Ein Zeugenverhör zu ewiger Gedächtniß war nach älterem Rechte unter dem Namen der Enquête d'examen à futur auch in Uebung, bereits die Ordon=

20) Boitard T. I. Nr. 503 bemerkt hiezu: ... „Dem Richter wird also hier der Rath gegeben, die Angaben des Minderjährigen nur mit Vorsicht zuzulassen. Hier findet sich offenbar ein Nachklang, eingegeben von dem älteren Rechte; denn nach dem neueren gilt die Regel von allen Zeugen, ihnen nur so viel Glauben zu schenken, als sie verdienen. Hier ist eine Spur von Auskunftspersonen im Gegensatze zu wahren Zeugen."

21) Schlink a. a. O. Bd. II. §. 391 mit seiner deutschen Rechtsansicht findet natürlich diese Bestimmung sehr auffallend; allein die bayer. GO. K. X. §. 14 Nr. 3 hat im Grunde schon das nämliche verordnet, wenn sie es für unschädlich erklärt, daß der Zeugeneid aus Verstoß unterlassen wurde, insoferne nur die Aussage des Zeugen durch christliches Absterben bestätiget ist.

nanz v. 1667 hatte aber dasselbe verboten 22). Unerachtet des Schweigens der Pr.-O. hat indessen die neuere Jurisprudenz sowohl das Zeugenverhör, als auch die Expertise zu ewiger Gedächtniß wieder zugelassen, worüber drei Erkenntnisse der App.-Gerichte in Besançon, Paris und Rennes zusammentreffen 23). (Anh. I. Nr. 259.)

4) Ueber den Antritt des Zeugenbeweises hat bereits oben der VI. Abschnitt vom Beweisinterlokut (S. 329 ff.) die näheren Aufklärungen gegeben; derselbe findet in einer zweifachen Form statt. Der regelmäßige Anlaß besteht darin, daß eine Partei selbst zum Zeugenverhör zugelassen zu werden verlangt, und zu diesem Ende ihre artikulirten Thatumstände, worüber sie den Beweis durch Zeugen, und nebenbei wohl auch durch weitere Urkunden führen will, in gedrängter Kürze (succinctement) dem Gegentheile zu seiner Erklärung mittheilen läßt, wo dann dieser binnen 3 Tagen darauf antworten muß, indem er die einzelnen Artikel entweder bejaht oder verneint 24). Läßt er diese Frist verstreichen, so kann das Gericht die Artikel für wahr und zugestanden annehmen, nichts legt ihm aber diese Nöthigung auf; sind sie vielleicht nicht wahrscheinlich genug, so verordnet es immer noch die Abhör der Zeugen darüber, was also die Wirkung äußert, daß es die Umstände als verneint ansah 25). Hat aber eine Partei den Beweis nicht von selbst angetreten, so kann das Gericht auch von Amtswegen die Probe der Thatsachen verordnen, die ihm schlußbündig erscheinen, vorausgesetzt, daß das Gesetz den Zeugenbeweis hiefür nicht ausgeschlossen hat. Art. 252—254 C. Pr. In diesem letzteren nur sehr selten eintretenden Falle kömmt also eine Formulirung der noch zu erprobenden Umstände zum Vorscheine, welche dem deutschen Beweisinterlokute ziemlich ähnlich ist, nur mit dem wesentlichen Unterschiede, daß sie als blos instruktiv nie in Rechtskraft übergeht. Hat eine Partei ihren Zeugenbeweis verabsäumt, oder ist der letztere

22) Berriat St. Prix, Tit. des enquêtes, im Eingange der Note 10.

23) Bonnier a. a. O. Nr. 205. — Boitard T. I. Nr. 471 und Boncenne T. II. Nr. 237 machen ganz dieselbe Bemerkung.

24) Nach österreich. Prozesse muß der Zeugenbeweis ebenso in jener Schrift oder Rede angeboten werden, in welcher die Thatsachen angebracht wurden, die er sicher stellen soll. Beidtel's ordentl. Verf. §. 190.

25) Boitard T. I. Nr. 473 bemerkt hierüber: „Antwortet der Beklagte nicht in 3 Tagen, so können die Gerichte die Artikel für zugestanden annehmen, sie müssen es aber nicht; sie können ihm von Amtswegen einen neuen Termin zur Beantwortung vorstecken, oder unerachtet seines Schweigens die Vernehmung der Zeugen verordnen."

wegen eines Formfehlers für nichtig erklärt worden, so kann der Richter denselben immer wieder von Amtswegen auferlegen, mithin faktisch die Partei nach Gutbefinden und selbst unerbeten in den vorigen Stand wieder einsetzen [26]). Die artikulirten Thatumstände müssen aber vor Allem, um auf einen Erfolg zählen zu können, zulässig sein, was die Doktrin dahin erklärt, sie müssen erheblich und schlußbündig, von positivem Inhalte und nicht blos verneinend, überdies bestimmt genug sein; oberflächliche oder zu allgemeine Thatsachen, welche von den Zeugen mehr ein Urtheil verlangen, werden deshalb nicht leicht Zugang finden. Die Jurisprudenz fügt, wie schon oben bemerkt, noch das weitere Erforderniß hinzu, daß sie auch in einem genügenden Grade wahrscheinlich, und nicht bereits widerlegt sein müssen, — dementis par toutes les circonstances de la cause [27a]).

Sind die Artikel mitgetheilt und beantwortet, oder ist die Frist zu ihrer Beantwortung verflossen, so läßt der Beweisführer seinen Gegner in die öffentliche Sitzung vorladen, um hier ein Zulassungs-Urtheil zu erwirken. Dasselbe bezeichnet nun genau die zu erprobenden Thatsachen, indem es die zugelassenen Artikel in sich aufnimmt, die verworfenen ausscheidet, und es ernennt überdies einen Richter, von welchem das Zeugenverhör zu pflegen ist. Wenn die Zeugen außerhalb des Gerichtsbezirkes entfernt wohnen, so kann auch ein fremder Bezirks- oder Friedensrichter dazu committirt werden. Nach einer Bemerkung Boitard's T. I. Nr. 472, die auch Boncenne T. II. Nr. 229 wiederholt, darf hiebei über die Relevanz der Artikel nicht erst disputirt werden; alle Ausführungen, in welche sich ein Anwalt über diesen Punkt einlassen möchte, wären offenbar voreilig und vergeblich; die Folge, die sich aus den Artikeln ziehen läßt, bleibt der Zukunft vorbehalten. (Anh. I. Nr. 192, 193, 197, 271[a]).

5) Bis hieher reicht der vorbereitende Theil des Verfahrens zur wirklichen Vornahme des Zeugenverhörs; die letztere selbst findet sich von hier anfangend an zwei strenge Fristen, jede von acht Tagen, gebunden, die bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht über-

---

26) Schlink's Commentar Bd. II. §. 335. Siehe oben S. 336.

27a) Bonnier a. a. O. Nr. 52 bemerkt hierüber: „Man sagt gewöhnlich, daß die zu beweisenden Thatumstände zugleich erheblich und schlußbündig sein müssen; allein die erste dieser Bedingnisse ist offenbar in der zweiten schon begriffen. Es ist klar, daß man alle dem Rechtsstreite fremdartigen Thatsachen als nicht concludent zurückweisen kann."

schritten werden dürfen. Art. 257 und 278. Die erste derselben beginnt vom Tage der Zustellung des Zulassungsurtheiles, d. i. des Relevanzbescheides, welcher hier zugleich die Stelle des Beweisinterlokutes vertritt, an die Gegenpartei ihren Lauf. Innerhalb dieser Frist muß das Zeugenverhör eröffnet werden, diese Eröffnung selbst aber besteht darin, daß der Producent mittels einer Bittschrift von dem ernannten Richtercommissär eine Erlaubniß erwirkt, die Zeugen auf einen bestimmten Tag vorladen zu dürfen, und daß der Richter eben mit der Erwähnung dieser Erlaubniß sein Verhörsprotokoll eröffnet. Wenigstens drei Tage vor dem wirklichen Verhöre muß sodann der Beweisführer seinem Gegner die Namen, den Wohnort und das Gewerbe seiner Zeugen vernachrichten, ihn selbst aber zum Verhöre mit beiladen lassen. All' dieses gilt natürlich ebenso auch vom Gegenbeweise. Art. 259—261 C. Pr. Die zweite Frist läuft wieder acht Tage lang von der Vernehmung des ersten Zeugen an gerechnet, und binnen dieser muß das Zeugenverhör bei Vermeidung der Nichtigkeit und Wiederaufnahme auf Kosten desjenigen, welcher den Saumsal verschuldete, beendiget sein. Das Gericht kann jedoch ausnahmsweise, wenn sich gleich Anfangs Weiterungen befürchten lassen, einen längeren Termin vorstecken, und ebenso jene achttägige Frist einmal, aber nicht öfter verlängern. Art. 278, 279 C. Pr. In all' diesen Vorschriften sind nachahmungswürdige Impulse zur Beschleunigung des Zeugenverhörs gegeben, dessen wirklicher Verlauf daher nie von ferne jene Proportionen annehmen und sich in jenen weitläufigen Abständen verlieren kann, welche im deutschen Zeugenbeweise, wie oben gesehen, eine ganz gewöhnliche Erscheinung bilden[27b]).

6) Die Zeugen werden mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit im Verhältnisse zum Streite und zu den streitenden Theilen in drei Klassen eingetheilt, wie im deutschen Prozesse, in untüchtige, exceptionsmäßige und klassische. Diese letztere Klasse hat natürlich die Vermuthung für sich, jeder Zeuge gehört in dieselbe, der nicht aus einem besonderen Grunde in eine der beiden ersten Klassen fällt. Untüchtig sind nur Zeugen in eigener Sache, desgleichen die Ehegatten, sowie Verwandte und Verschwägerte beider Theile in der geraden Linie; diese dürfen nicht vernommen werden, wenn sie sich gleich dazu bereit erklärten. Der Kläger kann also die Ehe-

---

27b) Eine zweite Verlängerung der Frist ist bei Strafe der Nichtigkeit verboten. Vergl. Berriat St. Prix a. a. O. Tit. des enquêtes Note 33.

gattin eines Enkels des Beklagten nicht als Zeugen vorschlagen, wohl aber dessen Bruder[28]). Der Begriff eines einwendungsmäßigen Zeugen ist dagegen wesentlich verschieden von demjenigen, welchen der deutsche Prozeß mit diesem Worte verbindet. Denn in Ermanglung einer festen Beweistheorie ist es unmöglich, im Voraus zu bestimmen, daß gewissen Zeugen weniger geglaubt werden solle, als allen übrigen; auch dieser Punkt muß vielmehr dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Statt dessen ist der untüchtige Zeuge ipso jure unfähig, in einer Sache Zeugschaft zu leisten, der einwendungsmäßige — temoin reprochable — nur ope exceptionis, d. i. nur dann, wenn eine Einwendung gegen ihn vorgebracht und er sich hiedurch vom Gegentheile verbeten wird[29]). Diese Einwendung muß sogar auf Widerspruch summarisch dargethan werden; wird die Einwendung vor der Vernehmung des Zeugen beim Instruktionsrichter angebracht, so kann sie durch Zeugen erwiesen werden, später aber, um die Sache zu erschweren, nur durch Urkunden. Die statthaften Einwendungen sind im Art. 283 aufgezählt; sie bestehen darin, daß eine Person mit der Gegenpartei oder deren Ehegatten bis zum 6. Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert, deren präsumtiver Erbe, also mittelbar bei der Sache betheiliget, daß sie deren Dienstbote ist, mit ihr seit der Zulassung des Zeugenverhörs auf ihre Kosten gegessen oder getrunken, oder ihr nur ein Zeugniß über den Sachverhalt ausgestellt hat[30]); ebenso daß der Zeuge angeklagt oder bereits in eine Criminalstrafe verurtheilt ist. Da aber der Instruktionsrichter, vor dem die Einwendung gegen einen Zeugen vorkömmt, nicht wissen kann, ob sie auch gegründet befunden wird, so muß er denselben provisorisch, d. i. salvo jure dennoch vernehmen. Zeigt sich die Einwendung wirklich als grundhaltig, so besteht die ganze Wirkung darin, daß die Aussage eines solchen Zeugen später bei der mündlichen Verhandlung nicht verlesen wird. Art. 270,

28) Nach Art. 251 C. N. dürfen ausnahmsweise bei Ehescheidungsklagen die Aeltern der Ehegatten über vorgefallene Mißhandlungen als Zeugen vernommen werden. Boncenne T. II. Nr. 250.

29) Der österreich. Prozeß kennt außer den bedenklichen Zeugen gleichfalls im Sinne des französischen die auf Einwendung des Gegners zu verwerfenden Zeugen. Beidtel's ordentl. Verf. §§. 182, 184.

30) Nach Carré a. a. O. Qu. 1110 ist die Ausstellung eines Zeugnisses nur dann ein Grund zum Einwurfe wider einen Zeugen, wenn dasselbe aus freiem Antriebe und vermöge seines ganz freien Willens, also nicht in Folge einer amtlichen Verrichtung ausgestellt wurde, wie das Appell.-Gericht in Amiens den 22. Nov. 1822 entschieden hat.

282—284, 287—291 C. Pr.[31]). Ein Beichtvater, Advokat oder Anwalt ist übrigens befreit vom Zeugnisse, wodurch er anvertraute Geheimnisse offenbaren müßte. Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 251. Aerzte und Hebammen ebenso; in Ansehung der Notare schwankt der Gerichtsgebrauch noch hin und her. Carré Qu. 1037.

Die neuere Kritik erhebt sich zum Theile lebhaft gegen das System der Einwendungen wider Zeugen, um solche mit Hilfe derselben verwerfen zu lassen. Bonnier a. a. O. Nr. 228 bemerkt in dieser Beziehung: „Heutzutage, wo die Zeugenaussagen abgewogen und nicht mehr gezählt werden, ist die Theorie der Einwürfe gegen gewisse Zeugen nichts als ein Ueberbleibsel veralteter Doktrinen und im Widerspruche mit dem Geiste des neueren Rechtes." Dagegen empfiehlt dieser Schriftsteller die Zulassung einer weiteren Klasse von Informationszeugen oder Auskunftspersonen auch im Civilprozesse. Er bemerkt hierüber Nr. 227: „Die wichtigen Folgen, welche der Ausschluß gewisser Personen von der Zeugschaft nach sich zieht, müssen vielleicht dazu hinführen (und zwar gegen die Meinung von Boncenne), die Idee anzunehmen, in Civil- wie in Strafsachen diejenigen Personen, welche der Gesetzgeber von der förmlichen Zeugschaft ausschließen wollte, dennoch als Aus-

31) Boitard T. I. Nr. 498 bemerkt über dieses Verfahren: „Der angefochtene Zeuge muß nach Art. 270 doch verhört, seine Aussage soll nur in der Sitzung nicht mit verlesen werden, wenn die Anfechtung zugelassen ist. Hieraus ergibt sich der Mißstand, daß in der Regel unter den Richtern derjenige mit sitzt, der ihn vernommen hat, seine Aussagen kennt, sich also des Einflusses derselben auf seine Ueberzeugung nicht wohl wird erwehren können." — Boncenne T. II. Nr. 261 äußert über denselben Gegenstand: „Man hat neuerdings behauptet, daß den Richtern volle Freiheit zustehe, die Ablesung der Aussage eines abgelehnten Zeugen zu verfügen, wenn gleich der Grund seiner Ablehnung vollkommen erwiesen sei. Ein Erkenntniß des App.-Gerichtes zu Riom v. 21. Dez. 1829 hat dieses sogar ausgesprochen, in der Erw., daß der Art. 283 C. Pr. nicht, wie Art. 268, als allgemeine und positive Regel aufstelle, daß die Gerichte Seitenverwandte als Zeugen verwerfen müssen; daß vielmehr daraus hervorgehe, daß ihre Aussage in diesem Falle nach Lage der Umstände zugelassen werden könne." — Rogron C. Pr. expliqué zu Art. 291 bemerkt dagegen, mehrere andere Gerichtshöfe hätten sich für das Gegentheil entschieden. — Auch Carré Qu. 1102 hält es für evident, daß den Richtern auf das Bestimmteste verboten sei, auf die Aussage eines Zeugen die mindeste Rücksicht zu nehmen, gegen welchen ein gesetzlicher Einwendungsgrund erwiesen ist. Qu. 1127 ter bemerkt derselbe noch: „Sind die Einwendungen gegen einen vernommenen Zeugen zugelassen, so darf auch seine Aussage nicht einmal als die einer Auskunftsperson verlesen werden, um darauf die den Umständen angemessene Rücksicht zu nehmen."

kunftspersonen zuzulassen, welche ohne Eidesleistung deponiren." Nach der Bemerkung Boitard's a. a. O. Nr. 503 ist die einzige Spur einer solchen Auskunftsperson in der Zulassung des minderjährigen Zeugen unter 15 Jahren ohne Beeidigung zu erblicken[32]). Dagegen enthält die jetzige Gesetzgebung keine Einschränkung mehr in Bezug auf die Zulassung von Zeugen vom Hörensagen oder über den gemeinen Ruf; nur darf man die Probe durch gemeinen Ruf — renommée commune — im Gegensatz zur notoriété publique nicht auf Fälle ausdehnen, in denen es möglich war, sich eine regelmäßige Probe zu verschaffen. Bonnier a. a. O. Nr. 193, 195.

7) Für die wirkliche Abhör der Zeugen bestehen zweierlei Formen. Nach der gewöhnlichen, welche im ordentlichen Prozesse stattfindet, vernimmt der dazu ernannte Richter die erschienenen Zeugen blos in Gegenwart der dazu beigeladenen Theile auf seiner Amtsstube, wohl auch zuweilen in der Wohnung des Zeugen. Diese Form stimmt also ganz mit der des bayer. Prozesses überein. Nach der summarischen Form dagegen werden die Zeugen, ohne daß es vorher der Aufstellung förmlicher Artikel bedürfte, sogleich in die öffentliche Sitzung mit vorgeladen und hier über die im Zulassungsurtheile vorgezeichneten Punkte vor dem versammelten Gerichte vernommen, fast ebenso, wie nach Art. 74 und 226 des bayer. Str.-Pr.-Ges. v. 1848 in Fällen einer direkten Ladung vor ein Strafgericht zu geschehen pflegt. In appellablen Sachen protokollirt dann der Gerichtsschreiber ihre Aussagen. Art. 411. Diese Form ist für den summarischen Prozeß und in Handelssachen vorgeschrieben. Art. 407, 408 u. 432 C. Pr.

Die Geschichte dieser Formen nahm einen interessanten Verlauf[33]). Nach der alten Ordonnanz v. 1667 durften die Parteien blos gegenwärtig sein, um die Zeugen schwören zu sehen; allein bereits ein Dekret vom 7. Frukt. J. III. verordnete deren Einvernahme in der öffentlichen Gerichtssitzung. Damals bildete also das für den summarischen Prozeß noch immer beibehaltene Verfahren die Regel. Die Verfasser der jetzigen Pr.-O. scheinen in's Auge gefaßt zu haben, wie räthlich es sei, durch ein im Voraus aufge-

---

32) Nach Carré Qu. 575 quinqu. zu schließen, scheinen sich schon dermalen einige franz. Gerichte zu erlauben, auch in Civilsachen dritte Personen in die öffentliche Sitzung zu laden und sie hier als Auskunftspersonen zu hören. Von dem Vorbesitzer oder Cedenten eines der streitenden Theile wäre dieses wohl am natürlichsten.

33) Vgl. Berriat St. Prix, Tit. des enquêtes Note 60.

nommenes Zeugenverhör der mündlichen Verhandlung eine feste Grundlage zu unterbreiten; man zog daher einen Mittelweg vor, wonach wenigstens die Theile und ihre Stellvertreter bei der Vernehmung, und nicht blos bei der Beeidigung der Zeugen zugegen sein dürfen. Dieses Verfahren hat bisher auch den Beifall der franz. Praktiker erlangt, obwohl es nicht an Stimmen fehlte, die alle Zeugen wieder öffentlich verhört wissen wollen[34]). Es ist bemerkenswerth, daß noch Niemand auf ein gemischtes System verfiel, welches doch im Strafverfahren durch das Verhältniß der schriftlichen Voruntersuchung zu der mündlichen Verhandlung der Sache so nahe gelegt schien. Die Zeugen könnten alle geheim von dem Richter auf seiner Amtsstube im Voraus vernommen sein, dem Gerichte aber immer noch vorbehalten bleiben, die wichtigsten derselben, von welchen sie die beste Aufklärung verlangen, in die öffentliche Sitzung zur nochmaligen Aussage mit vorzuladen. Vielleicht glaubte man den Zeugen in Civilsachen diese doppelte Belästigung ersparen zu müssen.

8) Ist der Vernehmungstag vom Instruktionsrichter bestimmt, so hat der Producent die Zeugen wenigstens 24 Stunden vorher zur Abhör vorladen zu lassen, wobei ihnen ein Auszug aus dem

---

34) Bonnier bemerkt hierüber a. a. O. Nr. 213: „Eine große Verbesserung, welche der C. Pr. an der Ordonnanz v. 1667 vornahm, ist die Zulassung der Theile zum Zeugenverhör, während sie früher nur der Eidesleistung beiwohnen durften, die von allen Zeugen mit einander geschah. Sie wurde schon durch ein Dekret v. 7. Frukt. J. III. eingeführt, und für die Controle der Depositionen so nützlich befunden, daß sie der Staatsrath aufrecht erhielt.“ — Boitard a. a. O. T. I. Nr. 491 und 494 macht die nämliche Bemerkung, betrachtet aber selbst das öffentliche Zeugenverhör als das sicherste Mittel, dem Gewissen der Richter die volle Gewißheit zu geben und jene feste Ueberzeugung einzuflößen, deren sie zu ihrer Entscheidung benöthiget sind. — Boncenne T. II. Nr. 227 äußert sich hierüber: „Die Form des Zeugenverhörs kam bei der Berathung der Pr.-O. im franz. Staatsrathe in der Sitzung vom 21. Flor. J. XIII. vor, wobei zum Theile seltsame und schwache Gründe für das jetzige System angeführt wurden. Der Justizminister erklärte ganz unumwunden, der einzige Umstand, der ihn bestimme, den Art. 262 anzunehmen, bestehe darin, daß er dasjenige vorschreibe, wie es wirklich dermalen mit der Sache gehalten werde, außerdem würde er keinen Anstand nehmen, den Artikel zu verwerfen.“ Boncenne fügt hinzu, heut zu Tage seien die besten Denker über die Vorzüge des öffentlichen Zeugenverhörs einstimmig. — Auch Carré bemerkt zu Art. 262: „Nach dem älteren Rechte war das Zeugenverhör durchaus geheim, nach dem zwischenfälligen (droit intermediaire) durchaus öffentlich, so daß die Zeugen bei ihrer wechselseitigen Abhör selbst zugegen sein durften. Die Pr.-O. hat eine Art von Mittelweg eingeschlagen.“

Tenor des Zulassungsurtheiles, d. i. eine Abschrift der sie betreffenden Artikel zugestellt wird, um sich vorher besser darauf sammeln zu können. Art. 260 [35]). Die Gegenpartei muß wenigstens 3 Tage vorher dazu beigeladen sein, wie schon oben im 5. Punkte bemerkt wurde. Erscheinen die Parteien nicht, so kann immerhin mit Vernehmung der Zeugen fortgefahren werden. Art. 261, 262. Die Zeugen werden einzeln vernommen, die Parteien können zwar bei diesem Verhöre ihre Stelle auch durch Anwälte vertreten lassen, wie aus Art. 270 C. Pr. erhellet (Berriat St. Prix a. a. O. Note 60), allein es ist, so weit zu erforschen war, keine Spur erfindlich, daß ein Anwalt wegen seiner Verhinderung den Termin verbeten, um gegenwärtig zu sein, oder wohl gar eine Reise hiezu unternommen hätte; ersteres wäre schon wegen der kurzen Frist nicht wohl möglich, an welche die Vollendung des Zeugenverhörs gebunden ist. Jeder der erschienenen Zeugen gibt zuerst seine persönlichen Verhältnisse an und leistet dann den Zeugeneid. Das Zeugenverhör selbst fesselt sich nicht an die Artikel, sondern ist ein wahres Kreuzverhör; die erste Frage besteht immer in der Aufforderung an den Zeugen, anzugeben, was er von der Sache wisse. Die Parteien und Anwälte müssen sich, um Querfragen zu stellen, des Richters als Organ bedienen, der ihnen wohl auch erlaubt, den Zeugen gleich unmittelbar zu fragen [36]). Am Schlusse wird dem Zeugen seine Aussage vorgelesen und von ihm unterzeichnet, wobei er die geeigneten Berichtigungen vorbringen kann. Die Nichtigkeit eines Zeugenverhörs zieht übrigens nie die Nichtigkeit der übrigen nach sich; wird ein Zeugenverhör wegen eines Versehens des Instruktionsrichters für nichtig erklärt, so muß es auf dessen Kosten nochmals vorgenommen werden; geschieht aber solches aus Schuld des Anwaltes oder Gerichtsboten, das ist eines Stellvertreters der Partei, so bleibt diese damit ausgeschlossen, sie kann aber von dem nachläßigen Gerichtsbeamten deshalb Entschädigung verlangen. Art. 263 C. Pr.

35) Diese Vorsicht wird mit Recht von einem Autor getadelt, als ein Mittel, dem Zeugen die vorgängige Modellirung seiner Aussagen zu erleichtern.

36) Boitard bemerkt a. a. O. T. I. Nr. 491 hierüber: „Nach dem neueren Rechte dürfen die Theile auch Fragen an die Zeugen stellen, man darf aber hieraus nicht schließen, als sei die Gegenwart der Theile nöthig zum Zeugenverhör, wenn sie nur gehörig geladen sind.“ Dann Nr. 493: „Der Instruent soll den Zeugen einfach auffordern, seine Kenntniß um die Sache anzugeben, ihm aber vorerst keinen direkten Vorhalt machen, welcher den Einfluß äußern könnte, der Aussage eine gewisse Richtung zu geben.“

9) Da für den Abschluß des Zeugenverhöres nur eine achttägige Frist bei Vermeidung der Nullität vorgesteckt ist, so müssen natürlich auch strenge Maßregeln gegen die ausbleibenden Zeugen getroffen werden; die Art. 263—265 haben hiefür genügende Vorsehung gethan. Der Zeuge, der auf die erste Vorladung nicht erscheint, muß gegen die Partei, die ihn laden ließ, zu einem Schadensersatze verurtheilt werden, der nie unter 10 Fr. betragen darf; er kann überdies in eine Geldstrafe, nur nie über 100 Fr. verfällt werden; derselbe wird alsdann auf seine Kosten wiederholt vorgeladen. Bleibt er hier nochmals aus, so muß er in eine Geldstrafe von 100 Fr. verurtheilt werden; der Instruktionsrichter kann überdies einen Vorführungsbefehl gegen ihn erlassen. Vermag der Zeuge seine rechtmäßige Verhinderung später glaubhaft darzulegen, so kann ihm diese Strafe wieder erlassen werden.

10) Ist das Zeugenverhör beendiget, so läßt der Beweisführer seinem Gegner eine Abschrift desselben zustellen, die Sache kömmt zur mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung, in welcher sodann die Aussagen aller Zeugen und Gegenzeugen, gegen welche nicht eine Einwendung als gegründet zugelassen wurde, verlesen und von den Anwälten discutirt werden. In den Prozeßschriften und ebenso in dem Urtheile tritt der Inhalt der Zeugenaussagen nirgends wiederholt zum Vorscheine; die regelmäßige Fassung der Entscheidungsgründe, welche einen Zeugenbeweis würdigen, besteht nur darin: In der Erw., daß sich aus dem Zeugen- und Gegenzeugenverhöre die Gewißheit ergibt, daß ..., woran sogleich der bürgerliche Wahrspruch ohne nähere Entwicklung angereiht wird. (Anh. I. Nr. 138, 139, 242, 260.) Nur in den allerseltensten und zweifelhaftesten Fällen kömmt es vor, daß die Aussagen der Zeugen, wenn etwa deren mehrere über verschiedene Umstände in Mitte liegen, näher abgewogen werden. (Anh. I. Nr. 165, 250.) Hat eine Partei mehr als fünf Zeugen über denselben Umstand vorgeschlagen, so gilt dieses für ein Uebermaaß, und sie kann die Kosten der übrigen nicht wiedererstattet verlangen. Art. 281. Für die Urtheilsfindung werden übrigens die Aussagen der Beweis- und Gegenbeweiszeugen völlig miteinander verschmolzen, eine gesonderte Abwägung und eine Abgleichung ihrer Erfolge findet nicht statt; sie fließen vielmehr bei der Prüfung des Beweises in dem Grade ineinander über, daß gar keine Rücksicht darauf fällt, von welcher Seite her ein jeder Zeuge vorgeschlagen sei[37]).

37) Boncenne a. a. O. T. II. Nr. 233 äußert sich: „Im Tribunate

11) Alle bisher erwähnten Regeln sind allgemein, sie finden auf gleiche Weise Anwendung, wenn das Zeugenverhör erst in II. Instanz verordnet ist, in welchem Falle es auch hier sogleich vorgenommen und sein Ergebniß in dem Erkenntnisse über die eingelegte Berufung unmittelbar zur Anwendung gebracht wird. Der Gerichtshof kann in diesem Falle natürlich ein Bezirksgericht zur Erhebung committiren[38]).

Bis hieher das geltende Recht im französischen Prozesse; nun noch einige Andeutungen darüber, wie den fühlbaren Mängeln des deutschen im nämlichen Belange Abhilfe zu schaffen wäre.

Soll im deutschen Prozesse etwas Ernsthaftes geschehen, um den Zeugenbeweis aus seiner notorischen Versunkenheit wieder auf eine rationelle Bahn emporzuheben, so läßt sich weit weniger das Streben anempfehlen, seinen Gebrauch durch Beschränkungen zu erschweren, als vielmehr, demselben durch das Abstreifen nutzloser Formen die größte Beweglichkeit zu verleihen, welche mit einer gründlichen und Vertrauen erweckenden Forschung vereinbar ist. Folgende Hauptpunkte könnten vielleicht auf dem Wege hiezu in erster Linie eine reifere Beachtung verdienen:

1) Der Zeugenbeweis wird, gleichwie jeder andere Beweis außer dem durch Urkunden, erst auf der zweiten Stufe des schriftlichen Vorverfahrens mit der Re- und Duplik von freien Stücken angetreten. Das hier etwa Verabsäumte kann jedoch in der höheren Instanz wieder nachgeholt werden, wie solches bereits im VI. Abschnitte vom Beweisinterlokute vorkam. (Vgl. S. 353 Nr. 7.)

2) Der gerade Gegenbeweis steht dem Gegner immer von Rechtswegen offen, der mittelbare nur unter denselben Bedingnissen, unter welchen überhaupt eine Einrede statthaft ist. Beide werden zu gleicher Zeit und neben einander geführt. (Nr. 5 ebendas.)

---

wurde bemerkt, das Zeugenverhör sei immer nur ein einziges, zusammengesetzt aus der geraden Probe und der unmittelbaren Gegenprobe."

38) Vgl. Carré Qu. 1136. Ueber die Unzulässigkeit eines zweiten Zeugenverhöres in II. Instanz, wenn bereits in erster ein solches gepflogen war, bemerkt Dupare-Poullain und billiget Carré selbst, daß Jedermann, welcher einen Zeugenbeweis führen will, allen Bedacht darauf nehmen müsse, die zu beweisenden Umstände nach dem vollen Umfange vorzuschlagen, den er seinem Zeugenbeweise geben will. Das Gesetz wollte den Theilen jeden Vorwand benehmen, den Prozeß zu verlängern und die Zeugenverhöre zu vervielfältigen; es können sich hieraus wohl einige Mißstände ergeben, sie sind aber nicht mit denen der Verlängerung des Prozesses zu vergleichen. (Vgl. jedoch Anh. I. Nr. 271b.)

3) Ein vorsorgliches Zeugenverhör zum späteren Gebrauche kann nur aus besonders dringenden Gründen bei Gefahr auf Verzug im Laufe des Verfahrens einer bereits anhängigen Sache verordnet werden; dasselbe richtet sich im übrigen nach den Regeln vom ordentlichen Zeugenverhöre selbst.

4) Der Zeugenbeweis wird angetreten durch eine übergebene Zeugenliste, welche die Namen, Gewerbe und Wohnorte der Zeugen vorträgt, mit summarischer Beifügung der Hauptpunkte in gedrängter Kürze, worüber jeder einzelne Zeuge oder mehrere zusammen vernommen werden sollen, ohne daß diese Artikel in förmliche an den Zeugen zu stellende Fragen ausarten dürften. Dem Gegner ist es erlaubt, nach erhaltener Mittheilung zu jedem Artikel oder Hauptpunkte ohne alle Beantwortung oder Bekämpfung seiner Erheblichkeit ein Fragestück im Interesse seines Gegenbeweises über einen nicht von selbst darin begriffenen Umstand vorzuschlagen.

5) Dem Gerichte steht zu, sowohl die Artikel als die Fragstücke in dem Zulassungs- oder Endbescheide sogleich zu verwerfen, wenn sie unerheblich oder nicht schlußbündig, oder zu allgemein und oberflächlich, oder auch zu unwahrscheinlich sind, um einen Erfolg erwarten zu lassen, wenn sie die Ehre oder das Zartgefühl des Zeugen verletzen, oder wenn sie bereits in anderen gewissen Umständen ihre Widerlegung finden. Dasselbe kann mit dem ganzen angebotenen Zeugenverhöre geschehen, mit dem Vorbehalte für die II. Instanz, wenn diese mit der Sache befaßt wird, die Nachholung, soweit es noch darauf ankömmt, geeignet zu verordnen.

6) Das Gericht kann ebenso nicht blos die untüchtigen, sondern auch solche Zeugen beseitigen, deren Vernehmung wegen zu großer Schwierigkeit, z. B. überseeischer Entfernung oder Aufenthalt in Feindesland, oder Saumsal des auswärtigen Gerichtes einen unmäßigen Aufenthalt verursachen würde, oder in deren Vorschub eine absichtliche Verzögerung der Sache zu erkennen ist.

7) Eine eigene Klasse der untüchtigen Zeugen, wie jener in eigener Sache, der Ehegatten, Eltern und Hauskinder beider Theile, der Beichtväter und Anwälte wäre nach einem genauen Verzeichnisse beizubehalten; eine zweite der einwendungsmäßigen, sowohl im deutschen als auch im französischen Sinne, hätte aber wegzufallen, sobald das Gericht ihre Aussagen nicht mehr nach festen Regeln zu beurtheilen hat, der Richter also Herr ist, den verdächtigen gar Nichts, oder nur so viel zu glauben, als die Umstände erlauben.

8) Niemand hat in Civilsachen das Recht, sich des Zeugnisses

zu entschlagen. Denn wenn der Partei selbst der Eid zugeschoben oder wenigstens vom Richter aufgetragen werden kann, welche zarten Rücksichten sollten noch dazu bestimmen, dem Gewissen eines ihrer Angehörigen eine größere Schonung zuzuwenden?

9) Alle Einwendungen oder Umstände, welche die Glaubwürdigkeit eines Zeugen bestimmen oder verdächtigen, müssen vor oder spätestens am Tage seiner Vernehmung angezeigt werden, natürlich mit Ausnahme derjenigen, die sich aus dem Inhalte seiner Aussagen selbst erst ergeben; sie sind, wenn erheblich und annehmbar befunden, von Amtswegen zu erforschen, aus Gründen, welche bereits oben im VII. Abschnitte von der Verhandlungsmaxime (S. 377 litt. f) angeführt sind.

10) Das zugelassene Zeugenverhör findet bei verschlossenen Thüren ohne Beiladung oder Zulassung der Theile durch einen damit beauftragten Richter als Instruktionscommissär statt. Der Zeuge wird nach Angabe seiner persönlichen Verhältnisse beeidiget, oder auf ein feierliches Gelübde vernommen, in den Formen, welche für den Eid der Parteien oder das, was seine Stelle vertreten wird, vorgeschrieben sind. Kinder unter 15 Jahren können bei gehöriger Reife unbeeidiget vernommen werden; überflüssig dürfte aber sein, den Richtern noch eine besondere Vorsicht in Würdigung ihrer Aussagen anzuempfehlen.

11) Das Zeugenverhör ist ein Kreuz- und Querverhör, wie dermalen in der Voruntersuchung. Der vernehmende Richter ist verbunden, auf die Artikel und Fragstücke der Theile die angemessene Rücksicht zu nehmen, ohne sich daran zu binden. Ihm liegt von selbst ob, alle Zwischenfragen zu stellen, welche zur Aufklärung der streitigen Punkte dienen können. Wenn das erstere auswärts auf Ersuchen zu pflegen ist, so sind in dem Hilfsschreiben die Punkte genau zu bezeichnen, wie schon dermalen in Untersuchungssachen üblich ist.

12) Das Zeugenverhör beginnt innerhalb der nächsten 15 Tage von dem Urtheile, welches dasselbe zugelassen hat, mit der ersten Vorladung der Zeugen durch den Instruktionsrichter, und es muß von hier an für die im Inlande wohnenden Zeugen binnen der folgenden 30 Tage beendiget sein. Dem Gerichte steht frei, auf Ansuchen des Instruktionsrichters diese Frist einmal auf weitere 30 Tage zu verlängern. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist ist die Sache mit aufklärendem Berichte dem Obergerichte vorzulegen, welches die Ergänzung durch denselben oder einen anderen damit beauftragten Richter binnen einer neuen Frist von 30 Tagen bei Ver-

meidung einer Geldstrafe auf Kosten derjenigen Personen verordnet, welchen der bisherige Saumsal zur Last fällt. Ist das Zeugenverhör beendiget, so kann in derselben Instanz kein neuer Zeuge mehr benannt und abgehört werden, vorbehaltlich dessen, was unten im 14. Punkte von Auskunftspersonen erwähnt ist.

13) Bei dem Beschlusse, wodurch eine Sache als spruchreif zur mündlichen Verhandlung verwiesen wird, steht den Gerichten aller Instanzen, welche über den Sachverhalt zu urtheilen haben, frei, die wichtigsten Zeugen, welche muthmaßlich den Ausschlag über wichtige Streitpunkte geben, entweder nochmals und besser durch einen anderen Richter vernehmen zu lassen, oder auch dieselben zu jener Verhandlung in Person mit vorzuladen und hier selbst zu vernehmen. Die Gerichte können eine solche persönliche Vorladung auch nach bereits gepflogener Verhandlung der Sache zur Ergänzung mittels einer Vertagung verordnen. Die Parteien können diese Vorkehrung mittels einfacher Bitten in Antrag bringen; alle Gerichte sind aber zugleich unübersteiglich (souverainement, d. h. ohne Zulassung einer Beschwerde dagegen) ermächtiget, hierauf einzugehen oder nicht. Für die reichlichere Entschädigung solcher Zeugen wäre dann besondere Vorsorge zu treffen, sowie dafür, daß die Kosten dem Gegner nie zur Last fallen.

14) In gleicher Weise steht den Gerichten auch frei, Auskunftspersonen, besonders solche, von welchen die Zeugen die Sache erfahren zu haben angaben, von Amtswegen oder auf Antrag zur Verhandlung der Sache mit vorzuladen, und unbeeidiget oder auf einfache Betheuerung auf Ehre und Gewissen mit ihren Aufklärungen zu hören[39]).

15) Ausbleibende oder sonst ungehorsame Zeugen, gleichviel ob vor dem Instruktionsrichter oder bei der mündlichen Verhandlung der Sache, sind nach Art. 151 des bayer. Str.-Pr.-Ges. v. 1848 zu behandeln, und haben alle von ihnen verursachten Kosten zu ersetzen. Auch kann das Gericht immerhin ihres Ausbleibens unerachtet mit der Hauptsache fortschreiten, wenn es sich genügend aufgeklärt findet.

---

39) Wenn schon dermalen von der franz. Jurisprudenz angenommen ist, daß ein Gericht in Fällen, wo der Zeugenbeweis überhaupt nicht ausgeschlossen ist, seine vollständige Aufklärung über den Sachverhalt aus den Akten einer Voruntersuchung oder aus einem administrativen Zeugenverhör zu anderen Zwecken schöpfen dürfe, welch' ein Bedenken sollte das nämliche Gericht noch verhindern, sich diesen Anhaltspunkt durch eine nach eigenem Ermessen verordnete Einvernahme von dritten Personen erst selbst zu schaffen?

16) Bei der Verhandlung der Sache werden die gepflogenen Zeugenverhöre in einer passenden Anordnung verlesen, soweit sie auf die noch zu entscheidenden Punkte Bezug haben.

17) Die Würdigung des Zeugenbeweises, sowie die der Aussagen von Auskunftspersonen bleibt der Umsicht und gewissenhaften Beurtheilung der Gerichte überlassen. Dieselben haben zu solchem Ende die verschiedenen Angaben der Beweis- und Gegenbeweiszeugen zu einem Ganzen zu verschmelzen, und gegen einander abzuwägen, ohne Rücksicht darauf, von welcher Seite her ein Zeuge benannt ist. Das Nämliche gilt auch von der Aussage von Kindern unter 15 Jahren, oder wenn ein Zeugenverhör wegen eines Formfehlers vernichtet wurde und nicht wiederholt werden kann, von Zeugenverhören, welche zu anderen Zwecken bereits früher erhoben sind, in einer Strafsache, in administrativen Verhandlungen[40]), in einem Streite zwischen anderen Parteien, oder sonst amtlich mit Umgehung der gesetzlichen Förmlichkeiten gepflogen wurden.

18) Das Ergebniß des Beweises durch Zeugen und Gegenzeugen ist in den Entscheidungsgründen ohne in's Einzelne gehende Abwägung blos summarisch und im Ganzen genommen anzuführen.

In allen Fällen möge den Richtern aller Gerichte und aller Instanzen nur immer die goldene Regel vor Augen schweben, welche Kaiser Hadrian vor mehr als 1700 Jahren gegeben hat, und welche gar nicht oft genug wiederholt werden kann. Das fr. 3 §§. 1 u. 2 de test. (22, 5) hat uns dieselbe aufbewahrt, und das Wesentliche davon wurde schon oben im II. Abschnitte (S. 43) ausgehoben. Sie schließt mit den treffenden Worten: .... ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.

Eilfter Abschnitt.

Augenschein und Sachverständige.

Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quam quae sunt oculis subjecta fidelibus, et quae
Ipse sibi tradit spectator...

Horat. Ars poët.

Die bayer. GO. K. XII. §. 3 hat bekanntlich den Beweis durch Sachverständige nur als einen Anhang und Zwischenpunkt

40) Z. B. im Lauf der Disciplinaruntersuchung der Generalpostverwaltung über ein auf den Verkehrsanstalten vorgefallenes Unglück.

zu dem Augenscheine behandelt; Niemand bezweifelt jedoch, daß sachkundige Männer selbstständig auch in solchen Fällen vernommen werden können, wo ein Augenschein nicht möglich ist, oder wenigstens zu Nichts führen würde. Das franz. Civilgesetzbuch überging diese beiden Beweismittel mit Stillschweigen [1]; die Pr.-O. dagegen hat ihre Erörterung in zwei Titel vertheilt. In dieser Materie finden sich übrigens die geringsten Abweichungen zwischen den Gesetzen beider Länder, weil die Natur der Sache beinahe überall schon den Fingerzeig zu einer gleichförmigen Erhebung gegeben zu haben scheint. Deshalb läßt sich auch kürzer über das hieher Einschlägige hinweggehen.

In dem deutschen Prozesse sind Augenschein und Sachverständige, wie alle übrigen Beweismittel, unter den regelmäßigen Druck der formalen Wahrheit gestellt. Der Augenschein geht als Evidentia facti allen übrigen Probemitteln vor; von dem Gutachten der Sachverständigen glaubt man dasselbe annehmen zu können. Ihre Aussagen werden wie diejenigen der klassischen Zeugen gezählt und ihre Uebereinstimmung als eine apodiktische Gewißheit in Anschlag gebracht; eine vernünftige Kritik glaubt sich davon in der Entfernung halten zu müssen. Ein Richter ist kein Sachverständiger, hört man alle Tage in den Gerichten sagen; — und braucht keiner zu sein, scheint der Gedanke im Stillen hinzuzufügen. Ein Richter, der zufällig einige Kenntniß über eine streitige Frage besäße, die in das Gebiet der Technik, einer besonders erlernten Kunst oder studirten Wissenschaft fällt, glaubt dieselbe mißtrauisch ebenso in sich verschließen zu müssen, als wenn er eine Verletzung im Raufhandel mit angesehen, deren Urheber nun vor ihm auf Entschädigung belangt wäre. Sind die Sachverständigen unter sich verschiedener Meinung, so soll die Mehrheit derselben entscheiden, wie in einem Collegium von Richtern; sind die Stimmen gleich getheilt, so soll ein Sachverständiger höherer Ordnung als Obmann den Ausschlag geben, die Kritik und eigene Ansicht des Richters aber immer zur vollständigen Passivität verurtheilt bleiben. Die bayer. GO. selbst gibt eine ganz andere Anleitung, deren bereits Erwähnung geschah, indem sie K. XII. §. 3 Nr. 2 verordnet, wenn die Sachverständigen in ihren Meinungen nicht zusammenkommen,

1) Als Grund hievon führt Boitard a. a. O. T. I. Nr. 416 an, daß die Art. 1315 ff. C. N. vorzugsweise nur den Beweis der Verbindlichkeiten regeln wollten, Augenschein und Experten dagegen meistentheils nur bei dinglichen Klagen über Besitz, Eigenthum und Dienstbarkeiten vorkämen.

so solle der Richter je nach Umständen von beiden differenten Meinungen derjenigen den Beifall geben, welche ihm mit hinlänglichen und gründlichen Ursachen am begreiflichsten dargelegt worden. Diese Vorschrift ist als unjuristisch von der Praxis bei Seite geschoben und längst in Vergessenheit verfallen; das eigene Urtheil wird für eine Anmaßung, für eine Verletzung der Regel gehalten ne sutor supra crepidam. Weichen zwei oder drei Schätzer in ihren Anschlägen unter sich ab, so wird immer die durchschnittliche Summe herausgerechnet, und als gefundene formale Wahrheit zu Grund gelegt. Eine Kritik dieses Verfahrens wurde weiter oben bereits an mehreren Stellen mit einverwebt, insbesondere im V. Abschnitte (S. 268) von dem freien Anschlage, dann im VII. Abschnitte (S. 370) von der amtlichen Thätigkeit der Gerichte. Die GO. will überdies a. a. O. ausdrücklich, der Richter solle die Sachverständigen selbst ernennen, die Praxis findet hierin ein bedenkliches Verlassen der Verhandlungsmaxime und überläßt ihre Ernennung wechselweise den Parteien; höchstens behält sich der Richter vor, selbst einen Dritten dazu zu ernennen [2]). Die GO. Nr. 5 a. a. O. erlaubt, den Augenschein auch von Amtswegen vorzukehren; dasselbe muß aus gleichen Gründen natürlich auch von der Erholung eines Gutachtens von Sachverständigen gelten, sobald der Richter nöthig findet, sein Urtheil an dem Rathe sachkundiger Leute zu erleuchten. In der Praxis wird niemals oder doch nur äußerst selten eine Expertise von Amtswegen verordnet, sondern man legt statt dessen den Beweis über den fraglichen Umstand auf, weil den Parteien die Wahl ihrer Beweismittel, und mittelbar auch die Wahl der Sachverständigen, worauf sie Vertrauen setzen, offen bleiben müsse; denn wie eine Partei etwas beweise, sei ja ihre Sache.

Auf all' diesen Punkten könnte eine Berichtigung der herrschenden Ansichten und gerichtlichen Gewohnheiten die Sache schon nach den jetzt geltenden Gesetzen bald in ein anderes Geleise bringen. Die Verrichtung eines jeden Sachverständigen kann nur darin bestehen, entweder daß er wahrnimmt und erkennt, oder daß er urtheilt, oder daß er beides zugleich thut. Der erste Fall tritt ein bei einem Feldmesser, der den Flächeninhalt eines Ackers ermittelt, oder einem Goldschmiede, der angibt, ob ein glänzendes Armband von Gold oder von vergoldetem Kupfer gemacht ist; — der zweite

---

2) Vergl. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des KR. Bayern, Bd. II. S. 234 ff. — Bl. f. RA. Bd. XXIII. S. 145 ff.

bei einem Schätzer, der aus allgemein bekannten Preisverhältnissen einen Schluß darauf zieht, wie hoch eine Sache verkauft werden könne, wie viel dieselbe daher werth sei, quanti... venire potuisset, wie fr. 18 §. 3 de don. mort. c. (39, 6) sagt. Erkennen und Urtheilen zugleich ist die Aufgabe eines Sachverständigen, wenn ein Arzt, welcher die Obduktion einer Leiche vornimmt, eine Verwundung für absolut tödtlich erklärt, weil die Herzader durchschnitten sei, jede Verletzung dieses Gefäßes aber immer einen tödtlichen Ausgang nehme. Insoweit nun jedes Gutachten der Sachverständigen, sie mögen zu einem Augenscheine beigezogen gewesen sein oder nicht, ein Urtheil nach den Grundsätzen einer Wissenschaft oder nach kunstgewandten Regeln enthält, bildet dasselbe nur einen dem Richter ertheilten Rath, ebenso zu urtheilen, welcher immer noch der Revision und Berichtigung des ganzen Gerichtes selbst unterliegt. Die Richter sind die berufenen Urtheilsschöpfer, die Sachverständigen blose Gehilfen der Urtheilsfindung, sie können daher ihre Meinung nie gebieterisch über das Ansehen und die Einsicht derjenigen erheben, von denen sie als mitwirkend zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit nur beigezogen sind. Keine Stelle der GO. hat das Gutachten der Sachverständigen, insoweit es ein Urtheil aufstellt und wiedergibt, mit dem Gewichte einer Evidentia facti bekleidet, oder geboten, demselben einen vollen Glauben zu schenken; wenn dieselbe den Richter verpflichtet, derjenigen Meinung den Vorzug zu geben, welche ihm mit hinlänglichen und gründlichen Ursachen am begreiflichsten dargelegt ist, so muß ihm auch ein Urtheil über jene Gründlichkeit zustehen, muß er sich auf das eigene Begreifen einlassen dürfen, muß ihm unbenommen bleiben, ein selbst übereinstimmendes Gutachten, was er nicht begreift und dem es an haltbaren Gründen gebricht, bei Seite, und sich selbst darüber hinwegzusetzen. Das Gutachten ist in solchen Fällen nur eine Meinung oder Anleitung, ein vereinzelter Beweisgrund; in dem Amte des Richters ist aber immer noch begriffen, dasselbe mit anderen Beweisgründen für das Widerspiel, worunter die Umstände des Falles natürlich in erster Linie stehen, in ein verständiges Gleichgewicht zu setzen, und den letzteren, wenn seine Ueberzeugung sich von ihnen gefesselt findet, auch als überwiegend den Vorzug zu geben. Seuffert's Commentar zur bayer. GO. (II. Aufl.), der bezüglich des Gutachtens von Sachverständigen, welche als Beweismittel benannt sind, noch so strenge ist, daß derselbe Bd. III. S. 320 den Richtern untersagen will, bei abweichen-

den Stimmen der Meinung der Minorität beizutreten, läßt dennoch bald darauf S. 325 eine zweite Klasse von Sachverständigen auftreten, deren Zuziehung nur als Hilfsmittel richterlicher Beurtheilung in Betracht komme, und daher in jeder Lage des Prozesses, wo sie nur immer als nothwendig oder nützlich erscheine, ohne Einhaltung der Beweisfrist vorgekehrt werden könne. Als den wichtigsten Hauptfall hiefür bezeichnet die Note 31 die richterliche Festsetzung eines zu leistenden Schadensersatzes, oder der Vergütung von Diensten, welche Jemand einem Anderen ohne bedungenen Preis geleistet hat. Die Note 43 S. 329 fügt hinzu, in dergleichen Fällen, wo die Entscheidung nach gesetzlicher Vorschrift dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sei, diene das Gutachten der Sachverständigen nur zum Anhaltspunkte, nicht zur Richtschnur. Die Gründe dieser Freiheit finden gewiß überall eine gleiche Anwendung, wo ein Sachverständiger ein Urtheil abgibt, er mag nun von der Partei als Beweismittel vorgeschlagen oder vom Richter von Amtswegen ernannt sein. Die Verordnung einer sachkundigen Forschung oder Expertise wäre daher über solche Punkte, welche ihrer Natur nach nur im Wege des Augenscheines oder durch kunstverständige Leute erhoben werden können, der Beweisauflage immer vorzuziehen, mit dem hierin begriffenen Vorbehalte, der Meinung der Experten soviel Gewicht beizulegen, als ihnen vernünftiger Weise zukömmt. Den Gerichten stünde dann frei, die Punkte genau zu bezeichnen, worüber sie des Beirathes und der Anleitung bedürfen. Durch die Unterbringung derselben in ein überladenes Beweisthema entsteht die Gefahr für den als beweispflichtig bezeichneten Theil, daß nur ein kleiner copulativ mit eingeflossener Nebenpunkt von geringer Bedeutung bei den Sachverständigen Widerspruch finden darf, um das ganze Gerüst der langen Beweisführung mit dem Einsturze zu bedrohen [3]).

3) Ein Beispiel zur Erläuterung. Ein Kupferschmied hatte einen Bierbrauer auf die Bezahlung einer Kühle verklagt, welche jener auf Bestellung gefertiget, dieser aber nicht bezahlen wollte, vielmehr zahlreiche Gegenforderungen compensations- und reconventionsweise entgegensetzte, weil ihm die Kühle gegen die bedungene Zeit zu spät geliefert worden, und überdies ganz fehlerhaft gebaut sei, so daß sie ihm bereits eine große Masse Bier verdorben habe. In erster und zweiter Instanz wurde hierüber, wie gewöhnlich, auf Beweis erkannt. Der Tenor des zweitrichterlichen Urtheiles umfaßte weitläufige Beweis-, Gegenbeweis- und Replikbeweisauflagen in 15 eventuellen, alternativen, supereventuellen und superalternativen Gliedern, welche gerade 100 geschriebene Zeilen der ganzen Papierbreite einnahmen. Ein großer Theil dieses künstlichen Beweisthema drehte sich

Ein großer Vorzug der bayer. GO. ist entschieden noch das Recht des Richters, die Sachverständigen selbst zu ernennen; sind dieselben nur die Räthe und Gehilfen seiner Urtheilsfindung, so ist gewiß nichts natürlicher, als daß er dieselben auch nach freier Auswahl beiziehen dürfe, und der eigene Herr bleibe, sein Vertrauen demjenigen zuzuwenden, der solches verdient. Ernennen dagegen die Parteien ihre Sachverständigen, so lehrt die tägliche Erfahrung, daß der von einer jeden Vorgeschlagene auch immer zu Gunsten seiner Partei urtheilt, was sein Gutachten von vorne herein verdächtiget. Der vom Richter beigegebene dritte Sachverständige, den man den balancier nennen könnte, weil er gleichsam am Wegbalken steht und diesen nach Umständen rechts oder links hinüberzieht, wird dann doch immer den Ausschlag zwischen den beiden andern geben, so daß die Verhandlungsmaxime dadurch um nichts besser gewahrt ist. Von der Regel des französischen Prozesses, daß sich zunächst die Theile über die Sachverständigen vereinigen dürfen, und nur aushilfsweise der Richter dieselben ernennt, ist ein solches Verfahren weit verschieden. Sind die Theile über die Wahl einig, was aber bei dem Widerspruchsgeiste der Advokaten nur selten vorkommen wird, so ist natürlich gegen ihren Vorschlag nichts zu erinnern, da ja dieselben auch durch die Ernennung von Schiedsrichtern den ganzen gerichtlichen Streit abschneiden könnten.

Ein weiteres Eingehen auf das Einzelne der Sache scheint hier überflüssig zu sein; die bezeichneten Gesichtspunkte, wo die Abhilfe am meisten Noth thut, werden das Nachdenken auf die minder erheblichen Punkte von selbst hinzuführen vermögen.

---

um die Geheimnisse einer schulgerechten Biererzeugung und der Anlage von Sud-Apparaten; er stellte nichts als eine Instruktion für Sachverständige über die Punkte vor, worüber sie ein Gutachten abgeben sollten und das Gericht noch der Aufklärung bedürfe. Durch ihre Einkleidung in jenes Beweisinterlokut wurde aber die Sache gleich von vorne herein präjudicirt, indem, wenn nur ein Punkt umschlug, die ganze Forderung und Gegenforderung dem Verluste ausgesetzt blieb. (RNr. 21, 54/55.) Ein Vorbescheid des Inhaltes, es sei ein Augenschein vorzunehmen, und ein Gutachten zweier Kupferschmiede und zweier Bierbrauer darüber zu erholen, ob wirklich.... u. s. w., hätte den großen Vorzug gehabt, alle Fragen offen zu erhalten, und überdies die Berufung bis nach gepflogener Erhebung zu beseitigen, welche alsdann in der zweiten Instanz auf jede erforderlich scheinende Weise verbessert oder ergänzt werden konnte. In einer anderen Sache (RNr. 1421, 57/58) schlug der oberste Gerichtshof diesen Weg mit dem besten Erfolge ein.

In der französischen Prozeßordnung handelt der XIII. Titel des zweiten Buches vom Augenscheine, und der XIV. Titel von dem Gutachten der Sachverständigen. Beide Verfahren werden mit einem richterlichen Vorbescheide eingeleitet, der dieselben nach Umständen auf ein gestelltes Begehren, oder auch von Amtswegen verordnet [4]); nur soll aus leicht begreiflichen Gründen zum kostspieligeren Augenscheine nicht geschritten werden, wenn ein einfacher Bericht fachkundiger Männer zu genügen scheint. Zur Vornahme des Augenscheins ernennt das Zulassungsurtheil einen der Richter, welche an dieser Vorberathung über sein Erforderniß mit Theil genommen; die einfache Expertise dagegen bedarf der Dazwischenkunft eines Instruktionsrichters nur zur Beeidigung der Sachverständigen, die indessen auch einem Friedensrichter übertragen werden kann. Der Art. 1035, welcher erlaubt, zur Erhebung von Beweismitteln auch einen auswärtigen, d. i. zum Gerichte nicht gehörigen Richter zu delegiren, erwähnt des Augenscheines zwar nicht; es unterliegt aber keinem Bedenken, daß dieser Fall den dort ausdrücklich aufgezählten noch beizusetzen sei. Die betreibende Partei läßt hierauf ihren Gegner auf den vom Richter vorher bestimmten Tag mit beiladen; alles Uebrige ergibt sich von selbst. Das Augenscheinsprotokoll wird der Gegenpartei zugestellt, und sofort nach Erledigung dieses Zwischenpunktes die weitere Verhandlung durch ein einfaches Anrufen wieder in Gang gebracht. Art. 295—301 C. Pr.

Der folgende Art. 302 verordnet: Wenn ein ordentlicher Anlaß zur Erholung eines Gutachtens von Sachverständigen gegeben sei — lorsqu'il y aura lieu à un rapport d'experts —, so verordne dieselbe ein Vorbescheid, welcher den Gegenstand der sachkundigen Forschung oder Expertise genau zu bezeichnen habe. Diese letztere soll nun von drei Sachverständigen vorgenommen werden, wenn die Theile sich nicht darüber einigen, daß ein einziger hiezu genüge. Wenn sich die Theile bei der Erlassung des Urtheiles auf Expertise oder binnen der nächsten drei Tage über die Person der Experten vereinigen, so hat es dabei sein Bewenden; für den umgekehrten Fall muß das Urtheil dieselben immer sogleich eventuell im Voraus ernennen. Art. 303—306. Recusation

4) Das Appell.-Gericht in Paris erklärte ein Urtheil, welches eine Expertise über sieben den Sachverständigen bezeichnete Punkte als vorbereitende Maaßregel verordnet hatte, für einen einfach präparatorischen Bescheid, und deshalb die selbstständige Berufung dagegen für unstatthaft. (G. d. Trib. v. 8. Dez. 1849.)

der Experten findet aus denselben Gründen statt, aus welchen auch ein Zeuge abgelehnt werden kann. Nach geschehener Beeidigung durch den im Urtheile hiezu ernannten Richter bestimmen die Sachverständigen den Ort und Tag selbst, wo und an welchem sie zu ihrer Operation schreiten; die Theile müssen dazu mit beigeladen und mit ihren Bemerkungen gehört werden. Das Gutachten wird gemeinschaftlich abgefaßt, von einem der Sachverständigen geschrieben, von allen unterzeichnet. Dasselbe ist nach der Stimmenmehrheit abzugeben; ist eine Stimme abweichender Ansicht, so müssen deren Gründe besonders angeführt werden, ohne den Sachverständigen zu nennen, der sich von der Meinung seiner Collegen absondert. Art. 316 — 318. Der Bericht derselben wird auf der Gerichtskanzlei hinterlegt; zeigen sie sich in dessen Erstattung säumig, so sind bestimmte Zwangsmaaßregeln gegen dieselben zulässig. Art. 319, 320. Die betreibende Partei läßt dann wieder eine Abschrift des erholten Gutachtens ihrem Gegner zustellen, und verfolgt auf dessen Grundlage die weitere Verhandlung der Sache in öffentlicher Sitzung auf gewöhnliche Weise. Art. 321 [5]). Finden die Richter in dem Berichte der Sachverständigen nicht die zureichenden Aufklärungen, deren sie benöthiget sind, so können sie von Amtswegen eine neue Expertise durch einen oder mehrere Sachverständige verordnen, welche sie alsdann auch selbst ernennen, und welche von den früheren Sachverständigen die der Sache angemessen Aufschlüsse verlangen können. Art. 322. Den würdigen Schluß macht der Art. 323, der wichtigste von allen: Die Richter sind nicht gebunden, der Meinung der Sachverständigen zu folgen, wenn sich ihre Ueberzeugung dagegen widersetzt.

Bis hieher der Wortlaut des Gesetzes; die Jurisprudenz hat demselben mehrere Erweiterungen gegeben.

1) Die erste derselben besteht darin, daß wir auch hier wieder die billigmäßige Amtsgewalt der Richter aufrecht finden, den Augenschein gleichwie die Expertise zuzulassen oder zurückzuweisen, je nachdem sie diese Mittel der Aufklärung zu ihrer Urtheilsschöpfung noch bedürfen oder nicht. Sie können beide von Amtswegen verordnen, und beide, wo sie erboten sind, abschlagen, wenn sie in den übrigen bereits gepflogenen Erhebungen, vor Allem in den Urkunden, neben-

5) Boncenne bemerkt T. II. Nr. 278: Die Pr.-O. von Genf erlaubt den Gerichten zu verordnen, daß die Sachverständigen ihr Gutachten in der Sitzung abgeben und wie Zeugen verhört werden; allein es wird nur in den seltensten Fällen hievon Gebrauch gemacht."

bei aber auch in den Umständen des Falles die hinlänglichen Anhaltspunkte finden, und jene Gewißheit zu schöpfen im Stande sind, welche jeden Rückgriff auf weitere Nachforschungen als nutzlos erscheinen läßt. Wenn sie am Ende doch nicht gebunden sind, der Meinung der Sachverständigen zu folgen, so können sie sich consequenter Weise auch gleich Anfangs als fertige Kenner der Sache aufwerfen, und sich jeder Nachfrage nach einer fachkundigen Meinung überheben [6]).

---

6) Sehr treffend rechtfertiget Carré diese Zuständigkeit des ordentlichen Richters. Er bemerkt Qu. 1155: „Glaubt der Richter die nöthige Kenntniß über dasjenige zu besitzen, was den Gegenstand einer Expertise bilden soll, so kann er von der letzteren gänzlich Umgang nehmen. Denn das Gesetz ist rein facultativ. So hatte der Cass.-Hof bereits den 17. März 1819 (Sirey — 20,2) entschieden, daß die Richter eine geforderte Entschädigung nach eigenem Ermessen feststellen können.... Hieraus ergibt sich augenscheinlich die weitere Folge, daß, wenn der Richter bereits in den Verhandlungen eine zwischen den Theilen contradiktorisch (ja eine sogar zwischen anderen Parteien) vorgenommene Expertise vorfindet, er sich der Mühe überheben kann, eine neue zu verordnen. Erk. d. Cass.-Hofes v. 18. Mai 1831 (und 1. Aug. 1821)." — Qu. 1155 bis: „Die gegentheilige Meinung würde die billigmäßige Amtsgewalt, welche Gesetz und Jurisprudenz den Richtern zutheilen wollten, fast bis auf den Nullpunkt herabdrücken. Können ja selbst in Fällen, wo ein Zeugenverhör zulässig wäre, die Richter ohne ein solches urtheilen, wenn sie nur nicht erklären, eine persönliche und außeramtliche Kenntniß von einem Faktum zu besitzen, dessen Bestand nichts in den Verhandlungen bewährt. Wenn der Richter in dem Falle, wo eine Expertise zulässig wäre, die Würdigung selbst vornimmt, so beschränkt er sich darauf, von den moralischen, wissenschaftlichen oder kunstmäßigen Kenntnissen Gebrauch zu machen, die ihm gleich von vorne herein ohne allen Zusammenhang mit diesem Prozesse inne wohnen, und die Anwendung hievon auf gegebene Thatumstände zu machen. Ist ihm etwa untersagt, in dieser oder jener Kunst oder Wissenschaft bewandert zu sein? Wäre nicht vielmehr im Gegentheile zu wünschen, daß er eine Universalkenntniß besitze, um seine Leitung immer von eigenen Einsichten zu empfangen? Was thut er denn anderes, indem er so handelt, als daß er die Gesetze der Natur oder irgend einer Wissenschaft anwendet, gleichwie er täglich im Falle ist, die bürgerlichen Gesetze anzuwenden? Von ihm verlangen, daß er von seinen persönlichen Kenntnissen abstrahire und die der Sachverständigen zu Hilfe nehme, wäre beinahe ebenso lächerlich, als wenn man ihn verpflichten wollte, ein Gutachten von Advokaten zu erheben, so oft er über eine Rechtsfrage zu entscheiden hat." — Boncenne bemerkt in gleichem Sinne T. II. Nr. 273: „Wenn der Richter aus verlässigen Urkunden einen streitigen Punkt selbst zu entscheiden vermag, so ist er nicht gehalten, zu einer Expertise zu greifen. Erk. d. Cass.-Hofes v. 12. April 1831, Sirey 32—1,832." — Schlink Bd. II. §. 369 Nr. 2 äußert sich ebenso. „Bei technischen Fragen sind die Gerichte nicht geradezu verpflichtet, ein Gutachten von Sachverständigen einzuholen, sondern sie

2) Die angeführten Titel der franz. Pr.-O. zeichnen blos das ordentliche und normalmäßige Verfahren für den Augenschein und die sachkundige Forschung vor; allein neben demselben hat die Praxis selbst für den ordentlichen Prozeß eine summarische Behandlung jener beiden Beweismittel geschaffen, welche sich unter dem Schutze des obersten Gerichtshofes von einem guten Theile jener Regeln wieder emancipirte.

a) Die Art. 295 u. 296 C. Pr. wollen zur Einnahme eines Augenscheines überall einen Commissär abgeordnet sehen. Allein im J. 1835 (und schon früher 1820) erkannte der Cass.-Hof, es sei einem ganzen Gerichte nirgends verwehrt, an Ort und Stelle selbst eine persönliche Einsicht von dem streitigen Gegenstande zu nehmen, wenn derselbe in seiner Nähe liegt [7]).

b) Eine Expertise sollte nach Art. 302 immer für den betreffen-

können dieselben selbst entscheiden, wenn sie in den Akten und Erklärungen der Parteien die erforderlichen Aufklärungen finden, oder ihre eigenen Kenntnisse zureichen; denn der Art. 302 stellt es dem Ermessen des Gerichtes anheim, wann eine Expertise zu verordnen sei." — In Uebereinstimmung hiemit erkannte erst unlängst das App.-Gericht in Paris: „Was die subsidiarischen Anträge des Ch. auf Erholung eines Gutachtens von Sachverständigen betrifft, in Betracht, daß der Gerichtshof schon dermalen die erforderlichen Urkunden in Händen hat, um mit voller Sachkenntniß zu urtheilen, eine Expertise daher nutzlos wäre,... u. s. w." (G. d. T. v. 29. Mai 1859.)

7) Boncenne T. II. Nr. 268; — Sirey 35 — 1,491; — Rogron zu Art. 295 theilt dieses Erkenntniß gleichfalls mit. — Carré dagegen meint Qu. 1141, ein Urtheil könne nicht gültiger Weise auf einen vom Gerichte in corpore eingenommenen Augenschein gestützt werden, der vorher nicht verordnet war. Vor einigen Jahren wurde übrigens eine neue Art von Augenschein dadurch improvisirt, daß der Kläger eine photographische Abbildung des kläglichen Zustandes dem Gerichte vorlegte, in welchen ihn eine erlittene Beschädigung versetzt hatte. (Anh. I. Nr. 227.) — Erst in jüngster Zeit kam es vor, daß in dem Prozesse eines Miethsmannes gegen den Eigenthümer des abgebrannten Hauses, welches er bewohnte, auf Ersatz der ihm verbrannten Mobilien bereits zwei vom Präsidenten des Bez.-Gerichtes in Melun abgeordnete Sachverständige zu Gunsten des Klägers bestätiget hatten, die Ursache des Brandes sei in einer fehlerhaften Construktion der Heizapparate zu suchen; das Bez.-Gericht selbst glaubte aber dieses nicht, nahm in corpore einen Augenschein ein, und urtheilte nun, es sei durch die an Ort und Stelle vorgenommene Untersuchung und die gesammelten Aufschlüsse in den Stand gesetzt, jenem Gutachten zu widersprechen, und habe vielmehr die Gewißheit erlangt, daß der Fehler in Aenderungen beruhe, welche der klagende Miethsmann einseitig an den Rauch- und Wärmeleitern vorgenommen habe. Das hierauf gebaute Urtheil bestätigte auch das App.-Gericht in Paris aus denselben Gründen. (G. d. T. v. 3. Juni 1859.)

den Streit erst verordnet und vorgenommen werden; findet sich aber eine solche über eine der streitigen Fragen bereits in Vorakten, so kann hierauf eine billige und selbst entscheidende Rücksicht genommen werden. (Anh. I. Nr. 261, 307.)

c) Die Expertise sollte in der Regel nur inländischen Sachverständigen anvertraut werden; ist solches geschehen, so können sich diese auch Ausländer in der Eigenschaft von Sapitores selbst beigesellen. Bonnier a. a. O. Nr. 83. Die Richter selbst, welche den Augenschein verordnen, können den von den Theilen ernannten Sachverständigen andere Personen beigeben, um dieselben ohne Eid mit nützlichen Aufschlüssen zu unterstützen. Paillet a. a. O. zu Art. 305 Nr. 2; Sirey 20—1,160.

d) Ja, noch mehr; die Experten können selbst ermächtiget werden, Zeugen zu verhören und andere Erforschungen anzustellen. (Anh. I. Nr. 121) [8]).

e) Bei dem Schweigen der Gesetze hat die Jurisprudenz in dringenden Fällen eine anticipirte Besichtigung und Expertise zu ewiger Gedächtniß zugelassen. Bonnier a. a. O. Nr. 205. Der Präsident eines Bezirksgerichtes kann sogar in Fällen, wo es sich um ein Provisorium handelt, im Wege des Référé, einer Art von mündlichen Verhörsprozeß, einen Sachverständigen allein ernennen, um die streitigen Localitäten zu besichtigen, und ihm selbst den Eid erlassen. (Anh. I. Nr. 120; vgl. oben Note 7) [9]).

---

8) Pigeau II, 2 Tit. III. Ch. 1 bemerkt: „Es gibt Fälle, in welchen die Besichtigung des Streitsgegenstandes allein genügt, um die Sachverständigen in den Stand zu setzen, einen Thatumstand zu prüfen und zu entscheiden; alsdann verordnet man blos die Besichtigung. Wenn aber dieselbe nicht genügt, so muß das Gericht den Sachverständigen erlauben, alle Mittel anzuwenden, welche geeignet scheinen, sie zur Wahrheit hinzuführen, wie z. B. eigene Nachforschungen anzustellen, Durchsuchungen vorzunehmen, Erkundigungen zu erholen, selbst die Parteien aufzufordern, über Umstände zu antworten, worüber sie nöthig finden, dieselben zu befragen..... Man ermächtiget selbst die Sachverständigen, die Zeugschaft von Nachbarn und anderen Personen einzunehmen, welche gewisse Zerstörungen vom Anfange an sahen, ihre Ursache und ihre Wirkung am besten kennen. (Erk. d. Cass.-Hofes v. 4. Januar 1810 — Sirey 20—1,160.) In diesem Falle müssen die Sachverständigen auch die Einwendungen in ihrem Protokolle aufnehmen, welche gegen dergleichen Zeugen vorgebracht werden.“ — Carré Qu. 1201 bis mißbilliget dagegen die den Sachverständigen ertheilte Befugniß, Zeugen zu vernehmen, obwohl er nicht läugnen kann, daß sie in der Praxis unter dem Schutze der Obergerichte verliehen und ausgeübt werde.

9) Nach dem Abbrennen eines großen Hauses in Lyon erwirkte die Gesellschaft, bei welcher dasselbe versichert war, daß der Präsident des Bez.-Gerichtes,

f) Carré Qu. 1221 billiget, oder erwähnt wenigstens den Gerichtsgebrauch, den Beklagten in eine bestimmte Summe mit dem Vorbehalte für beide Parteien zu verurtheilen, wenn sie damit nicht zufrieden sind, später noch auf das Gutachten von Sachverständigen zu provociren. (Anh. I. Nr. 174.)

g) Noch ein wichtiger Abgang von dem Wortlaute des Gesetzes besteht in Folgendem. Nach Art. 303 und 322 sollte die Hauptexpertise in der Regel wenigstens von drei Sachverständigen vorgenommen werden, deren Wahl den Parteien freistünde, und nur zur Aushilfe ein Superarbitrium von Amtswegen durch einen vom Gerichte ernannten Sachverständigen erholt werden können [10]). Allein gleichwie Seuffert's Commentar an der oben angeführten Stelle (Bd. III. S. 325) eine zweite Klasse von Sachverständigen auftreten läßt, welche blos als Hilfsmittel der richterlichen Beurtheilung zugezogen werden, ebenso erlaubt die französische Praxis den Gerichten, jene beiden Regeln der Aufeinanderfolge zu verlassen, zu ihrer besseren Aufklärung gleich in erster Linie nur einen Sachverständigen mit seinem Gutachten zu hören, und diesen auch selbst zu ernennen. Der Cassationshof hat dieses Verfahren durch zwei Erkenntnisse vom 20. Juli 1825 und 10. Juli 1834 gebilliget. Rogron a. a. O. zu Art. 303 u. 323. Ein noch jüngeres Erkenntniß jenes Gerichtshofes wird von Boncenne T. II. Nr. 274 mitgetheilt, welcher hierüber bemerkt: Der Cassationshof hat am 23. Febr. 1837 ein Erkenntniß erlassen, wonach den Gerichten unbenommen ist, außer dem Falle einer gesetzlich geordneten Expertise auch noch einen oder mehrere Sachverständige nach eigener Wahl von Amtswegen zu vernehmen. „In der Erw., daß der Art. 303 C. Pr. nur in der Unterordnung unter den nächstvorhergehenden Art. 302 aufgefaßt werden muß, wenn der Fall

---

im Référé angegangen, sogleich drei Sachverständige zur Besichtigung der Brandstätte ernannte, wobei er jedoch constatirte, daß der Eigenthümer erklärte, sich hieran nicht betheiligen zu wollen. (G. d. Trib. v. 12. Sept. 1852.) — Das App.-Gericht in Metz tadelte sogar den Präsidenten eines Bez.-Gerichtes, daß er sich zur Ernennung von Sachverständigen, welche augenblicklich einen Wasserschaden constatiren sollten, für incompetent erklärte. (G. d. T. v. 8. Okt. 1852.) In der bayer. Pfalz scheint ein solches Verfahren unbekannt zu sein.

10) Boncenne T. II. Nr. 280 macht hiezu die Bemerkung: „Da die neue Expertise, wenn man mir den Ausdruck hingehen lassen will, gleichsam zum Privatgute — domaine privé — des Richters gehört, so ist nichts natürlicher, als daß man ihm diesmal auch erlaubt, die Parteien über die Zahl und Person der Sachverständigen nicht erst zu fragen."

zu einem förmlichen Gutachten von Sachverständigen gegeben ist, d. h. wenn entweder die Theile ein solches verlangen, oder das Gesetz dasselbe vorgeschrieben hat; — daß aber, wenn in dergleichen Fällen der Art. 303 nach seinem Wortlaute anzuwenden ist, nicht dasselbe alsdann eintritt, wenn die Gerichte, freie Herrn (maîtres), ihren Entscheid nach allen Aufschlüssen zu geben, die ihrer Erkenntniß zufließen, von Amtswegen eine Person ernennen, in welche sie Vertrauen setzen, um ihnen die Aufschlüsse, welche ihnen noch abgehen, zu ertheilen, und daß es in diesem Falle dem wahren Interesse der Theile gerade zuwiderliefe, drei Sachverständige statt eines einzigen zu ernennen.... u. s. w." Diese Auslegung ist vielleicht etwas gewagt, fährt Boncenne fort, divinatio, non interpretatio; allein sie rechtfertiget sich durch jenes Recht zur Selbstthätigkeit, welches man wohl den Gerichten einräumen muß, und dessen Bedingnisse ihnen natürlich überlassen bleiben müssen, wenn die Theile stillschweigen, und wenn sie an einer besonderen Quelle Licht zu schöpfen gedenken. Ein Jahr später erkannte der Cass.-Hof noch, da wo es sich nicht um eine Instruktion, sondern den Vollzug eines Urtheiles handle, dürfe das Gericht zwei Sachverständige von Amtswegen ernennen, ohne den Parteien ein vorgängiges Wahlrecht zu verstatten. Sirey 38—1,978. — Auch Carré bemerkt Qu. 1158 in gleichem Sinne, der Cass.-Hof habe in drei Fällen entschieden, daß, wenn ein Gericht von Amtswegen eine Expertise verordne, es auch selbst hiezu nur einen oder zwei Sachverständige ernennen könne [11]).

Diese sehr erfinderische Neuerung der Jurisprudenz ist in der That auch nur eine natürliche Folge zu dem obersten Grundsatze, welcher das ganze System beherrscht. Ist der Richter an das Gutachten der Sachverständigen nicht gebunden, so muß er auch, wie schon oben bemerkt, gleich Anfangs allein aus sich selbst arbitriren können; will er aber sein Urtheil an die Stelle des obligaten der drei Sachverständigen setzen, welche die Parteien ernennen dürfen, so kann ihn wieder nichts abhalten, dasselbe nach Art. 322 durch das Superarbitrium eines von Amtswegen ernannten vierten vorerst zu berichtigen. In demselben Verhältnisse des Instanzenzuges,

---

11) Erst in neuerer Zeit erkannte der Cass.-Hof auf's Neue, der Richter könne auch allein einen einzigen Sachverständigen von Amtswegen ernennen, ohne den Parteien ein Vorschlagsrecht einzuräumen, wenn es sich nur darum handle, seine gewissenhafte Ueberzeugung aufzuklären. (G. d. Trib. v. 16. April 1855.)

welches die Art. 303 und 322 vorzeichnen, steht daher auch die unmittelbare Einsicht des ganzen Gerichtes, die schon für sich durchgreifen könnte, in Fragen von technischer Beschaffenheit auf der einen Seite, zu dem Beizuge eines selbst ernannten Mannes von Fach auf der anderen, bei dem sich das Gericht noch vorerst Raths erholet, um für alle Fälle recht sicher zu gehen.

3) Die bedeutendste Abweichung des französischen Prozesses von den Regeln des deutschen in dieser Materie findet sich aber ganz entschieden in dem Art. 323 ausgesprochen, wonach die Richter nicht gebunden sind, der Meinung der Sachverständigen zu folgen, wenn sich ihre Ueberzeugung dagegen sträubt. In den älteren Zeiten scheint man auch in Frankreich die Experten für wahre Schiedsrichter, judices facti, genommen zu haben; allein schon die Reformation der Coutume de Paris, d. i. das neue Weisthum des vom Pariser Parlamente anerkannten Gewohnheitsrechtes traf in dieser Beziehung die merkwürdige Aenderung: ...doit être le rapport apporté en justice, *pour en jugeant y avoir tel égard que de raison.* Bonnier a. a. O. Nr. 87. Seit jener Zeit galt durchaus der Grundsatz: Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam. Rogron a. a. O. zu Art. 323. Dieser Artikel fehlte im Entwurfe des Code de Proced. als selbstverständlich und in die gerichtlichen Gewohnheiten bereits übergegangen; das Tribunat erwirkte aber dessen ausdrückliche Aufnahme, um alle Bedenklichkeiten zu zerstreuen und einem noch sehr häufig umlaufenden Irrthume für immer vorzubeugen; denn außerdem sänke das Amt der Richter soweit nieder, ein schulgerechtes Gutachten der Experten blos abzustempeln. Boncenne T. II. Nr. 281. Dieser Schriftsteller bemerkt am Eingange der angeführten Stelle: „Es wurde bereits oft genug wiederholt, daß die Sachverständigen nur berufen seien, um einen Rath zu geben, aber nicht, um ein Urtheil abzufassen. Außerdem würde ein Gericht, indem es eine Expertise verordnet, seine Ueberzeugung von vorne herein in ihre Fachkunde gefangen geben, und sich selbst auf den passiven Standpunkt eines Werkzeuges zurückbegeben, um ihrem Gutachten das Siegel des Exequatur aufzudrücken. Es wäre sehr nutzlos, eine Motivirung ihrer Entscheidung von den Sachverständigen zu verlangen, wenn der blose Ausspruch des Endergebnisses schon das Gesetz des Prozesses machte." Auch Rogron macht zu Art 323 dieselbe Bemerkung, seine Bestimmung erlaube den Richtern erst, ihre wahre Sendung zu erfüllen, welche darin bestehe, die Richtigkeit der Gutachten und Auf-

schlüsse, welche ihnen ertheilt werden, zu prüfen, aber nicht, sich knechtisch denselben zu unterwerfen[12]).

Aus allem bisher Gesagten bildet sich eine breite Stufenleiter von Hilfsmitteln zur Auswahl für das richterliche Ermessen in den Fällen, wo es auf eine besondere Fachkenntniß anzukommen scheint, um einen streitigen Punkt zu entscheiden. Der Richter kann nach seiner eigenen Ansicht urtheilen, oder dieselbe nach der Meinung eines von ihm frei ernannten Sachverständigen berichtigen; er kann drei Sachverständige von den Parteien ernennen lassen, und alsdann einen vierten als Superarbiter nach eigener Wahl vernehmen, auch diesem folgen; er kann, wenn alle vernommenen einig sind, ihr einstimmiges Gutachten verwerfen, und gerade das Gegentheil annehmen, wenn ihn seine gewissenhafte Ueberzeugung hiezu bestimmt, nur muß er dieses in seinem Urtheile ausdrücklich erklären und seine Gründe dafür anführen. Ist das noch Verhandlungsmaxime? dürfte manchem der Leser sein juristisches Gewissen die Frage auspressen.

4) Sammeln wir unsere Gedanken ein wenig über diese tollkühn scheinende Abschweifung von allen Wegen einer wahren Gerichtsbarkeit, und lassen wir unser Urtheil darüber zur Ruhe kommen, so muß dieselbe nach und nach Alles verlieren, was sie auf den ersten Anblick Unnatürliches und Abentheuerliches für die Vorstellung haben kann. Hat die bayer. GO. den Richter zum unabhängigen Superarbiter ernannt, wenn zwei Sachverständige sich in ihren Urtheilen widersprechen, die Sache also erst recht zweifelhaft wird, wo kann die große Gefahr liegen, einem ganzen Gerichte dieselbe Verrichtung zu übertragen, wenn jene einig, oder noch gar keine vernommen sind? Es versteht sich wohl von selbst, daß kein

12) Verläßt das Gericht die Meinung der Sachverständigen, oder selbst ihr einstimmiges Gutachten, so muß es ausdrücklich anführen, daß und warum seine persönliche Ueberzeugung sich demselben widersetze. In dem Prozesse über die Aechtheit eines eigenhändigen Testamentes waren bereits zwei Expertisen vorgenommen, jede von drei Schreibverständigen. Fünf derselben erklärten das Testament für ächt, nur einer für sehr verdächtig. Das App.-Gericht von Douai erkannte hierauf die Erbschaft den Intestaterben zu; der Cass.-Hof vernichtete aber dieses Urtheil, weil der Gerichtshof nicht erklärt habe, daß er sich nach seiner eigenen Ueberzeugung entschieden, sondern nur, daß die abweichende Meinung des einen Sachverständigen, welcher er beitrat, die Frage ungewiß zu machen scheine. Sirey, 15—1,345. Boncenne T. II. Nr. 281. Auch Carré Qu. 1219 bis bemerkt: „Verlassen die Richter das Gutachten der Sachverständigen, so müssen sie ihre abweichende Meinung motiviren."

Richter sich bei seinen beschwornen Amtspflichten auf das Gebiet rein wissenschaftlicher Fragen oder von Geheimnissen der Technik versteigen wird, die über seinem Gesichtskreise liegen. Keiner wird über die Tödtlichkeit einer Verwundung anderer Meinung sein, als die Gerichtsärzte oder das Medicinalcomité, obwohl solches den Geschwornen freisteht, die vielleicht zufällig einen geschickten Arzt in ihrer Mitte zählen; keiner wird sich daran wagen, zu entscheiden, was dazu gehöre, eine Stearinkerze zu gießen oder einen Zuckerhut aus Runkelrüben zu bereiten, obwohl er den betreffenden Artikel im Conversationslexicon lesen und sehr verständlich finden kann. Allein der Zusammenhang von Vordersätzen und Gründen mit den daraus gezogenen Schlüssen hat etwas so Gemeinfaßliches und Begreifliches, daß er fast immer zum großen Theile in das Gemeingut einer gesunden Logik fällt, der doch kein Richter fremd zu sein je zugeben wird.

Ein Richter ist kein Sachverständiger, sagt der deutsche Rechtsgelehrte im Gefühle seiner Würde; der französische Richter muß immer ein Sachverständiger auf der breiten Bahn der gemeinen Erfahrung des Lebens sein; er muß, wenn auch nicht gerade den Lebemann, doch einen feinen Kenner der kundbaren Verhältnisse des Lebens und der Welt nach ihren auf dem Vordergrunde liegenden gesellschaftlichen Beziehungen in seiner Person vereinigen, und von seiner umfassenden Erkenntniß dessen, was notorisch ist und Jedermann in die Augen fällt, auch einen vernünftigen Gebrauch zu machen verstehen. Welche Staffelrechnungen von Kapital und Zinsen, welch' verwickelte Ratenberechnungen von Interkalarfrüchten werden nicht oft in den Urtheilen der deutschen Gerichte aufgestellt; fällt Jemand ein, solche Fragen an einen Rechenmeister zu verweisen? Nein, und zwar deshalb nicht, weil die Rechenkunst eine Kenntniß der gemeinen Erfahrung und ein Bestandtheil der elementaren Schulbildung ist. Wie leicht gehen wir darauf ein, zu improvisiren, wie viel ein außereheliches Kind zu seinem Unterhalte, eine geschiedene Frau zu ihrem anständigen Leben brauche; warum sollte eine so reife und leichterfaßliche Umsicht sich nicht auch dazu hergeben, alle übrigen Zweige der gemeinen Erfahrung auszubeuten? Die meisten Fälle, auf denen wir die französischen Gerichte in ihrem Arbitriren betreten, sind gewiß von der Art, daß ein Sachverständiger dabei gar nicht denkbar ist, oder vor dem gesunden Menschenverstande nichts zum Voraus hätte, kein größeres Vertrauen auf geheime Kenntnisse zu erwecken vermöchte. In erster Linie tritt uns hier der freie Anschlag des Schadensersatzes entgegen, selbst da, wo der

Werth einer nicht mehr beizubringenden Sache zu ersetzen kömmt, welche doch einen bestimmten Werth hatte, oder das Interesse an einem Ereignisse, dessen Einfluß auf Vermögensrechte sich gar nie bestimmt begränzen läßt. Der letzte Abschnitt wird hierauf besonders zurückkommen; in den meisten solchen Fällen sind Sachverständige mit einer besonderen Fachkenntniß rein unmöglich. Wenn es sich darum handelt, wie groß an einem Abende die Einnahme an der Kasse eines Theaters gewesen, wenn die Primadonna, auf die Alles gespannt war, nicht in einem Anfalle wunderlicher Laune wegen vorgeschützter Vapeurs kurz vorher hätte absagen und sich krank melden lassen, was kann hier ein Theaterdirektor, ein Schauspieler oder Theaterkassier, was kann hier ein täglicher Besucher des Theaters als Sachverständiger besser wissen, als alle Welt weiß, als mithin auch die Richter nicht zu mißkennen vermögen? Das Nämliche gilt von dem Schaden, den eine unredliche Gewerbsconcurrenz durch Anmaßung fremder Aushängschilde oder Nachahmung von Etiquetten stiftete. Nehmen wir einen anderen Fall. (Anh. I. Nr. 274.) Drei Bilder sind in dritten Händen unbefugter Weise verschwunden, der Eigenthümer verlangt 3000 Fr. Schadensersatz, der Beklagte bietet 3 Fr. dafür an, die Gerichte zweier Instanzen erkennen 300 Fr. zu, streichen also von den drei Nullen der verlangten Summe eines weg und lassen zwei stehen; wie hoch konnte sie vielleicht ein Maler oder ein Kunsthändler besser schätzen, wenn keiner sie je gesehen? Der Eigenthümer wird immer sagen, sie waren von Raphael, der zum Ersatz Verbundene, sie sind Kopien nach Rubens, die der Thürhüter eines Atelier nachgepinselt, wer von beiden hat nun Recht? Actori incumbit probatio ist hier gut sagen, wenn der wortbrüchige Empfänger es unmöglich machte, sie in aller Form abzuschätzen. Die Eigenschaft eines Schreibverständigen, welche in jedem Richter mit eintrifft, wurde bereits oben im IX. Abschnitte berührt; aber bleiben wir bei dem Gemälde stehen, wer ist wohl ein besserer Sachverständiger über die Aehnlichkeit eines Bildnisses, ein Maler oder jeder Andere, der dasselbe mit seinen gesunden Augen betrachtet? (Anh. I. Nr. 99.) In diesem Falle, wo es sich um die Bezahlung eines bestellten Portraits handelte, ließen sich die Gerichte beider Instanzen in Paris das Bild beischaffen, und verordneten das persönliche Erscheinen des verklagten Originals, einer jungen Schauspielerin, worauf sie dann die Vergleichung in ihrer Rathskammer selbst vornahmen; um was hätte wohl das Gutachten einer Kunstakademie glaubwürdiger in

dem Punkte ausfallen können, ob das Portrait gelungen, die Züge treu wiedergegeben, die Zusage sprechender Aehnlichkeit auch erfüllt sei? Nichts vermöchte ein deutsches Obergericht zu verhindern, selbst einen Augenschein von der streitigen Sache einzunehmen, GO. K. XII. §. 3 im Eing. — und hiezu aus einer erheblichen Ursache das persönliche Erscheinen der Partei zu verordnen, K. VII. §. 6. Was wäre wohl der sichere Erfolg eines solchen contemplativen Versuches? Die gewisse Aufhebung einer so unjuristischen Prozedur als nichtig in der höheren Instanz, weil ein Richter kein Sachverständiger sei, und sich nach der Ausscheidung der Competenzverhältnisse in das Amt eines solchen nicht einmischen dürfe. Betrachten wir noch einen Fall, die Abstammung eines Lust- oder Schauspieles aus einem Roman, um was kann hier ein Theaterdichter gründlicher urtheilen, als Jedermann, der beide gelesen? Ist nicht das Wiedererkennen der Charaktere und Situationen, der Gedanken und einzelnen Scenen eine Aufgabe, der sich Jedermann mit Hilfe seiner allgemeinen Bildung leicht widmen kann? Oder gehört es vielleicht zu der Würde des Richteramtes, jeder res domestica dieser Histrionen fremd und ein abgesagter Feind zu bleiben? Schwieriger ist schon die Frage, den Antheil zu bestimmen, welcher von mehreren Verfassern eines Lustspieles jedem einzelnen an den Bühnenerträgnissen desselben gebühre; darum vernahm auch das Bez.-Gericht in Paris hierüber einen Ausschuß der dramatischen Dichter, und pflichtete selbst ihrer Meinung bei, ohne jedoch hiezu verbunden zu sein. (Anh. I. Nr. 98, 272.)

Von allen Seiten aus betrachtet wird sich also der Grundsatz, den der Art. 323 der fr. Pr.-O. ausspricht, als eine große Erbeutung rationeller Fortschritte und als ein Vorzug vor der Aengstlichkeit des deutschen Prozesses anrühmen lassen. Ohne ihn wird gewiß alle Richter die Vorhersagung des Kanzlers Baco treffen: Judicio sincero non utuntur, sed tanquam e vinculis sermocinantur (in proem. de just. univ.).

5) Mit der wahren Expertise steht noch in naher Verwandtschaft das Institut der fachkundigen Schiedsrichter, arbitres rapporteurs genannt. Die gewöhnlichen Schiedsrichter — arbitres juges — sind auch in Frankreich, wie überall, wahre Privatrichter, welche die Parteien durch freie Uebereinkunft an die Stelle derjenigen setzen, die ihnen das Gesetz in der Gerichtsverfassung angewiesen hat. Art. 1003 ff. C. Pr. Ihre Ernennung unterliegt mehrfachen Beschränkungen, obwohl das Gesetz dieselben im Ganzen

begünstiget sehen will. Eine Unterart derselben sind die Schiedsrichter in Handelssachen, arbitres de commerce genannt, welche auch zu den richterlichen gehören; dieselben haben nur das Eigenthümliche, daß sie nach Art. 51 C. Com. in allen Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern nothwendiger Weise ernannt werden müssen, wo nicht, so ernennt sie das Gericht selbst, um eine solche Streitigkeit einfacher und leichter ihrem Ausgange zuzufördern. Daher der Name: nothwendiges Schiedsgericht, arbitrage forcé; dasselbe ist in Handelssachen auch für Minderjährige zulässig, für welche doch freiwillige Schiedsrichter nicht ernannt werden dürfen, weil die ordentliche Gerichtsbarkeit für den Minderjährigen eine bessere Bürgschaft einer unbefangenen Rechtspflege darzubieten scheint [13]. Von all' diesen richterlichen Schiedsrichtern ist jedoch eine zweite Klasse derselben wesentlich verschieden, welche der Art. 429 C. Pr. auch für Handelssachen außer und neben dem Falle der arbitrage forcé für die Streitigkeiten zwischen Mitgliedern von Handelsgesellschaften eingeführt hat. Dieselben heißen sachkundige Schiedsrichter — arbitres rapporteurs, weil sie blos erforschen, vermitteln, und ein Gutachten abgeben. Sie haben nicht zu urtheilen, nicht zu entscheiden, sie sind nicht richterliche, sondern begutachtende Sachverständige, welche bei den weitaussehenden Verwicklungen, worin oft Handelsstreitigkeiten verflochten sind, von den Theilen, oder aushilfsweise vom Gerichte selbst ernannt werden, um Einsicht von den auf den Streit bezüglichen Urkunden, Büchern und Registern zu nehmen, sodann einen Vergleichsversuch unter den Theilen anzustellen. Wenn dieser mißglückt, so geben sie einfach ihr motivirtes Gutachten über die Sache ab, welches sich dadurch von dem der gewöhnlichen Sachverständigen unterscheidet, daß es auch die Rechtsfrage mit umfaßt, im übrigen für sich allein noch nichts entscheidet, bis es nach förmlicher Verhandlung erst vom Gerichte selbst bekräftiget oder abgeändert ist.

Auf gewöhnliche Civilsachen, in denen der Vergleichsversuch schon gleich am Anfange aller Ladung voran ging, läßt sich diese Einrichtung nicht erstrecken. Der Entwurf der Pr.-O. enthielt wohl eine ähnliche Bestimmung; auf die Bemerkung des Tribunats wurde sie aber weggelassen, unter andern deshalb, weil kein Grund vorliege, warum die Richter die ihnen nöthige Aufklärung nicht unmittelbar einziehen sollten, und warum sie sich auf solche Weise

13) Die Berufung gegen ein solches Laudum nothwendiger Schiedsrichter nimmt übrigens wieder ihren ordentlichen Zug an das betreffende Appell.-Gericht.

von einem Theile der Verantwortlichkeit entlasten könnten, die doch in vollem Maaße auf ihrem eigenen Haupte ruhe. Dessen unerachtet ist der Instruktionsrichter, der einen provisorischen Collocationsstatus entwirft, nichts anderes als ein solcher arbitre rapporteur. Vgl. Boitard a. a. O. T. I. Nr. 657 und T. II. Nr. 1177; — Rogron, Code de Proced. expl. zu Art. 429 und 1003.

Sollte auch hier wieder eine gründliche Reform des deutschen Prozesses es versuchen, sich eine neue Bahn zu brechen, so lassen sich die leitenden Gesichtspunkte, welche für eine legislative Behandlung dieses Stoffes zu empfehlen wären, in wenigen Sätzen zusammenfassen. Vor Allem wäre als Regel aufrecht zu erhalten, daß Augenschein und sachkundige Forschung, als Mittel für die Gerichte, etwas wahrzunehmen, was in die Sinne fällt, und ihre Ueberzeugung an dem Rathe fachkundiger Männer zu erleuchten, immer und in jedem Stande der Sache von Amtswegen verfügt, und da, wo sie erbeten sind, wenn ein Bedürfniß dazu nicht vorwaltet, auch bei Seite gesetzt werden können. Der Richter hätte immer die Sachverständigen selbst zu ernennen, der Oberrichter dürfte nach Bedarf der Sache andere, oder solche von höherer Ordnung mit ihrer Meinung vernehmen. Keiner von allen muß aber an das Gutachten gebunden sein, insoferne ein Abgang daran nur gehörig motivirt würde. In vereinzelten Fällen, wie in Handelssachen, bei der Auseinandersetzung von Handels- und anderen Gesellschaften, in Erb- oder ehelichen Vermögenstheilungen, und nächst verwandten Fällen, überhaupt bei verworrenen Gränzen, mag diese Verwirrung körperlich oder in Werthssummen vorkommen, könnte das Gericht sogar unter Leitung eines seiner Mitglieder sachverständige Schiedsrichter — arbitres rapporteurs — ernennen, und hiebei unter Umständen auf einen Vorschlag der Theile die angemessene Rücksicht nehmen, die jedoch kein endgültiges Urtheil zu fällen hätten, sondern deren Elaborat immer nur ein Entwurf, und insoweit er nicht allseitig angenommen wird, immer wieder der Verhandlung und Entscheidung in derselben Instanz mit Vorbehalt aller gewöhnlicher Rechtsmittel unterworfen bliebe.

Zwölfter Abschnitt.

Der Beweis durch Eide, und die Vernehmung der Gegenpartei über artikulirte Thatumstände.

Ego autem dico vobis non jurare omnino; .... sit autem sermo vester: est, est, non, non; quod his abundantius est, a malo est.

Evang. St. Math. Cap. V. v. 34 et 37.
Cap. 26 X. de jurejur. (2, 24).

Die meisten Verhandlungen im deutschen Prozesse münden am Schlusse in das Beweisinterlokut ein, beinahe alle unsere Beweisverfahren gehen mit auferlegten und abgeschwornen Eiden aus. Zu- und zurückgeschobene, Calumnien- und Haupteide, Erfüllungs- und Reinigungs-, Quantitäts- oder Würdigungseide, Manifestations-, Noven- und Bucheide, Editions-, Diffessionseide und wie die übrigen alle heißen mögen, durchkreuzen die Beweisführungen in dem buntesten Gewirre nach allen Richtungen hin und stehen jeden Morgen auf der Tagesordnung der Sitzungen und anderer Gerichtsgeschäfte. Eide über Eide, bald gleich, bald verschieden an Namen und Färbung, werden in dem nämlichen Urtheile paar- und paarweise auferlegt, zuweilen nach halben oder auch nach ganzen Dutzenden zusammengekuppelt, bald copulativ oder elektiv, bald wieder aushilfsweise oder eventuell aneinander gehängt, nach den Regeln der juristischen Dialektik zum Verschieben eingerichtet oder auf Versenkungen gestellt, bald rechts, bald links von dem Kläger auf den Beklagten hinüber, von da wieder auf den Kläger zurückspringend aufgetragen, im Anschlusse an die Glieder eines langen Beweisthema's gewunden und mit den wundersamsten Bindeformeln zu einem Kranze verschlungen. Aus den Köpfen der Urtheile über geführte Beweise starrt uns nicht selten gleich dem Medusenhaupte eine reiche Mosaik der vielfärbigsten Eide entgegen; ihre Ableistung oder Verweigerung wird für den Ausgang der Sachen zur Quelle großer Peripetien. Zuweilen tritt das Endurtheil aus einer Combination in einander verflochtener Eidschwüre hervor, wie solches der Nichteingeweihte gar nicht zu ahnen vermochte, beiläufig ebenso, wie sich die drei Brodkugeln eines Taschenspielers zuletzt unter einem Becher beisammenfinden, wo sie Niemand im Geringsten vermuthete. Die Ableistung dieser Eide am Schlusse des langen Drama's gleicht einem gerichtlichen Zweikampfe mit hin- und her-

fliegenden Federballen, von denen der letzte gelungene Wurf für den endlichen Sieg den Ausschlag zu geben bestimmt ist [1a]).

In keinem Theile des gerichtlichen Verfahrens ist der Gegensatz so auffallend und scharf gezeichnet in den Rechtszuständen dies- und jenseits des Rheines, als in der Anwendung, welche die Rechtspflege von dem Eide der Parteien im Civilprozesse macht oder zuläßt, um die Gewißheit der Thatsachen festzustellen. Der Gründe hiefür sind zwar mehrere; doch einer hievon reicht weit über alle übrigen an Gewicht und Bedeutung hinaus; es ist derjenige, welcher in den sinnlosen Erheischungen der formalen Wahrheit seinen tief einschneidenden und nur mit Mühe zu überwältigenden Stützpunkt einnimmt.

Der Eid wäre an und für sich eine sehr natürliche Sache, wenn derselbe nur seiner Bestimmung getreu als ein subsidiäres Beweismittel auf diejenigen Fälle beschränkt bliebe, für welche er ursprünglich eingeführt war. Ein Erbe findet in dem Kalender seines Erblassers die Einschreibung vor: heute habe ich meinem Freunde X. einhundert Gulden auf drei Monate geliehen; ein Schuldschein fehlt jedoch. Der Erbe kann nicht leicht etwas mehr wissen, was an der Sache Wahres ist, der Schuldner, der es genau weiß, widerspricht aber die ganze Schuld; nichts scheint also natürlicher zu sein, als daß ihm der erstere hierüber den Haupteid zuschiebt. Ganz derselbe Fall kann sich auch umgekehrt mit einer geleisteten Zahlung ereignen. Wird der Eid in einem dieser Fälle von der Gegenpartei nicht zugeschoben, so sollte ihn der Richter verlangen können, insoweit derselbe eine bessere Aufklärung darin zu schöpfen hofft. Allein die Rechtsgelehrsamkeit und vor Allem die juristische Praxis haben in sorgenloser Bequemlichkeit den Eid der Parteien seit langer Zeit von Schritt zu Schritt weit über jenen Ursprung hinausgeführt, haben dieses Beweismittel aus der Stätte seiner Heimath über Berg und Thal, über Stock und Stein, so gut es eben gehen wollte, in eine Region hinüber getrieben und hier bis zum Unsinne vervielfältiget, wo derselbe aller Würde bar, aller tiefen und feierlichen Bedeutung entkleidet, von der Weihe religiöser Empfindungen verlassen, zu einer kabbalistischen Formel herabsank. Man hat den Eid zu einem magischen Hohlspiegel zu-

---

1a) Vgl. hiezu, sowie zu dem Folgenden Anh. II. Nr. 15, 16b, 18, 20, 24 und 31. In gleicher oder nächst verwandter Haltung lassen sich jeden Augenblick viele Hunderte von Urtheilen anführen und zum Vorscheine bringen.

geschliffen, welcher bestimmt ist und dem man getrost die unsichtbare Kraft zutraut, die verborgenen Schätze der juristischen Gewißheit überall aus dem Grunde zu heben, und den Widerschein aller Geheimnisse, unter denen die Verwicklung eines Streites verborgen liegen kann, in das Heft der Akten, und von hier aus in die Tiefe des Urtheiles herüber zu tragen. Eine unglückliche Verirrung des menschlichen Geistes, sich von aller Kritik der Vernunft losmachend, ist allmählig auf dem Punkte angelangt, den sie noch obendrein für die Höhe einer sublimen Weisheit hält, den Eidschwur der Parteien im Prozesse als ein Arcanum der geheimsten Offenbarung in Betrieb gesetzt und zum Behufe seiner Ausbrütung in einen Cyclus der seltsamsten Metamorphosen geworfen zu haben. Für die Einen ist derselbe gewissermaaßen ein Hauptschlüssel, um in das verstockte Gewissen einzudringen, für die Anderen ein Druckwerk, um das offene Bekenntniß der verborgensten Dinge zum Ergusse über die Lippen zu nöthigen; der Rathlosigkeit Aller kömmt der Eidschwur als eine wohlthätige Fee zu Hilfe, deren kräftiger Hand es gegeben ist, von Hehl und Falschheit, von Trug und Hinterlist den dichtesten Schleier hinwegzuziehen. Die Rechtskraft soll bekanntlich im Stande sein, aus Schwarz Weiß, aus Nichts Etwas und Alles zu machen; ein geschworner Eid macht ebensogut aus Grün Blau, und umgekehrt; was hinter oder unter ihm liegt, das kömmt nicht mehr in Betracht, er ist ein blinder Träger der formalen Wahrheit. Er ist ein permanentes Stereoscop, in das man nur hineinsehen darf, um diese fix und fertig zu erblicken.

Die Geschichte der allmähligen Ausartung des Eides der Parteien, die Anlässe, die denselben in jene verkehrte Richtung hinüberführten, sind einfach und leicht zu errathen; die Ausbreitung des Uebels selbst hat bereits einen Grad erreicht, welcher unbedenklich erlaubt, dasselbe für einen Krebsschaden im deutschen Rechtsleben zu erklären. Wo der Richter in der Verhandlung einer Sache auf ein noch ungewisses Faktum stößt, muß er der Partei den Beweis desselben auftragen; wo er einen Beweis auferlegt, muß auch ein Mittel sein, ihn zu führen; wo kein anderes Mittel da ist, da muß der Eid aushelfen, vor Allem der zugeschobene Eid, den die Partei ja auch zurückschieben oder sich vorher erkundigen kann, wie die Sache denn wirklich war und vor sich ging, oder auch zur blosen Nachhilfe bei einem unvollständigen Beweise der Erfüllungseid des Klägers, wo nicht, der Reinigungseid des Beklagten. Mit solchen Argumenten blind vorwärts schreitend, gerieth das Urtheil allmäh-

lig über ein Nebelmeer von Eiden, ohne nur wahrzunehmen, daß es allen festen Boden und rationellen Anhaltspunkt unter sich verloren hatte. Der Eidschwur kömmt überdies von Außen, füllt ein oder mehrere Aktenstücke im Prozesse aus und fällt daher auf die richterliche Beurtheilung als ein objektiver Erkenntnißgrund auf; alle juristische Wahrheit soll aber in einer legalen und objektiven Nöthigung ihren Grund haben, dieses oder jenes annehmen zu müssen, sie ist dann ehrwürdiger und gewichtvoller, wie man glaubt, und bildet in jedem Falle den Gegensatz zu aller Conjektur, welche man gleich einem unheimlichen Gespenste für ein Zerfahrniß in Willkühr und für ein würdiges Privilegium der Geschwornen hält. In diesem Ideengange drängt sich jene ganze Verflachung des Eides zusammen, welche denselben zu einem Universalmittel für die Entwirrung eines Sachverhaltes, zu einem wahren Gemeinplatze der schulgerechten Urtheilsfindung gemacht hat.

Ein weiterer Impuls für den alltäglichen Zugriff zu dem Eide, namentlich zu derjenigen Art desselben, welche man den nothwendigen nennt, wurde dadurch gegeben, daß der deutsche Prozeß ein anderes Mittel versagte, um aus der perplexen Lage herauszukommen, in welche ein zweideutiger oder mangelhafter Beweis, ein Hin- und Herschwanken zwischen Wahr und Falsch das Urtheil zu versetzen vermag. Der französische Prozeß hat sich hiefür das einzige natürliche Auskunftsmittel in den normalen Grundformen des genügenden und des ungenügenden Beweises geschaffen, die wir aus dem neueren Strafprozesse hinlänglich kennen; das deutsche Urtheil hält sich für berufen, nur eines von beiden, den vollen oder den völlig fehlenden und wieder zu Nichts gewordenen Beweis zur Grundlage zu nehmen; jede andere Wahl ist ihm verschlossen. Es thut also wirklich Noth, einen juristischen Kunstgriff zu erfinden und bei der Hand zu haben, gleichviel, ob er auf eine Fiktion hinausläuft oder nicht, welcher jede Mittelstellung zu heben, alle Halbheit zu eliminiren vermag, und die Schwierigkeiten des Ueberganges auf die eine oder die andere Uferseite aus dem Wege räumt. Dieses Mittel ist wieder der Eid der Parteien geworden, als ein remedium amplissimum et latissimum, als ein chemisches Reagens, um alle unvollkommenen Beweise zum Emporsteigen oder zum Niederschlage zu bringen, ohne welches man sich nicht anders zu helfen wüßte.

Jeder vernünftige Denker, und selbst derjenige, welcher neben seinem Glauben an das alte Recht noch halb vernünftig zu denken wagt, muß wohl seit langer Zeit die falsche Stellung erkannt

haben, welche der Eid im deutschen Prozesse einnimmt; Jedermann sollte längst von den Gefahren seiner Vermittlung und dem tief gesunkenen Stande seines reellen Werthes durchdrungen sein. Zum großen Theile ist dieses wirklich der Fall; allein die ewige Ausflucht besteht nur darin: Wir können ihn nicht gerathen, wir können mit dem halben, mit dem Viertels- oder mehr als halben Beweise nichts anfangen, wir müssen den Eid haben, um uns aus der Verlegenheit des unvollständigen Beweises herauszuhelfen. Darum heißt er auch der nothwendige, der unentbehrliche; ob er auch ein vernünftiger und bedeutsamer bleibt, thut nichts zur Sache. Im weiteren Verfolge dieses Weges der juristischen Dialektik finden wir den Eid zu einer pneumatischen Vorrichtung herabgewürdiget, um durch sein frisches Gebläse den noch mangelhaften Beweis zum vollen Ballon anzuschwellen, oder die zerstreuten Flocken der Wahrscheinlichkeit von der Gerichtstafel hinweg und nach allen Winden zu treiben. Ist wohl in diesem widrigen und mechanischen Dienste, den er hiebei leistet, noch ein Hauch des ewigen Geistes gegenwärtig, welcher die Idee des Eides zuerst eingegeben, und denselben immerfort auf seinen Flügeln emportragen sollte? [1b])

Eine freie Kritik des Eides im Prozesse, und ein Verweilen des Nachdenkens auf den Mißbräuchen, in denen wir seine Anwendung verstrickt finden, wird nicht wohl umhin können, mit folgenden Bemerkungen über die dabei in Betracht kommenden Hauptpunkte hinwegzustreifen.

1) Der juristische Schwerpunkt und das ganze praktische Verdienst des Eides beruht untrennbar auf der Unterstellung, daß derselbe durch die Anregung der religiösen Empfindung oder der Furcht vor zeitlichen Strafen den Schwörenden auch dazu vermöge, die reine Wahrheit zu offenbaren. Gleich hier begegnen wir indessen dem ersten und einem gewiß sehr beklagenswerthen Fehlgriffe. Jeder-

---

1b) Ein Beispiel zur Erläuterung. Drei Streitgenossen, die sich ganz in pari causa befanden, war der Beweis der unvordenklichen Verjährung auferlegt, und sie lieferten denselben auch mehr als zur Hälfte, weshalb sie zum Erfüllungseide über ihr Beweisthema belassen werden konnten. Hier that sich aber die Schwierigkeit hervor, daß nur einer derselben das für einen Zeugen über jene Verjährungsart erforderliche Alter von 54 Jahren hatte. Dieser wurde daher für seinen Theil am Streitobjekte zum Erfüllungseide, den beiden Anderen gegenüber die beklagte Gemeinde zum Reinigungseide belassen, Alles unter Citation von acht gelehrten Autoritäten. (Bl. f. RA. Bd. X. S. 28.) Also doch ein Eid über das gerade Widerspiel gegen den anderen, von denen nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nur der eine wahr sein konnte.

mann weiß heutzutage, und die öffentlichen Strafverhandlungen haben es erst völlig an das Tageslicht gezogen, in welch' erschreckendem Verhältnisse der Meineid in der Zunahme begriffen ist; mit welchem Rechte läßt sich also dem Gegner des Schwörenden zumuthen, daß er den Worten des letzteren Glauben schenke, daß er sich darein füge, sein Urtheil gewissermaaßen aus dem Munde desjenigen zu vernehmen, den es treffen sollte und der am allerwenigsten dazu befähiget ist, in dieser Sache ein Richteramt zu verwalten?[2]) Ueber diesen Punkt hat sich bereits der erste Abschnitt (S. 27) ausgesprochen, es läßt sich also hier kurz darüber hinweggehen, und nur noch bemerken, daß dieser erste Einwurf gegen den Gebrauch und die Vervielfältigung der Eide in seinem Anschlage mehr Gewicht zu verdienen scheint, als alle übrigen Bedenken, welche hier nachfolgen, zusammengenommen, weil er die ganze Grundlage der in Frage stehenden Institution erschüttern muß.

2) Die Zuschiebung des Haupteides soll eine Art des Vergleiches sein; so sagt uns wenigstens Paulus mit klaren Worten in fr. 2 h. t. (12, 2): jusjurandum speciem transactionis continet. Wenn aber diese Betrachtung die Sache beherrscht, warum zwingt man den Beklagten, sich auf die Annahme oder Zurückschiebung einzulassen, da doch zum Vergleiche kein Zwang stattfindet, und das Wissen und Gewissen eines Mannes über sein eigenes Gut auch für sein abgeschlossenes Eigenthum gelten dürfte?

3) Der zugeschobene Haupteid hat noch eine ziemliche Bedeutung, weil der eine Theil dadurch freiwillig sein Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit seines Gegners setzt, und sein Schicksal in dessen Hände niederlegt; darum verschließt auch das französische Recht ihm gegenüber mit vieler Consequenz die spätere Probe des Meineides. Dasselbe läßt sich auch von dem Reinigungseide sagen, ohne welchen der beweisführende Theil ohnedies schon verloren wäre. Wie steht aber die Sache mit dem Erfüllungseide? Derselbe hat seine Quelle zunächst in fr. 31 h. t., wo Gajus sagt: solent enim saepe judices in dubiis causis, exacto juramento, secundum eum judicare, qui juraverit. Der auferlegte Erfüllungseid geht daher, wenigstens formell betrachtet, von der Annahme aus, daß der Kläger ohne seinen Hinzutritt, was ihm oblag, nicht hinläng-

2) Die alten Gesetze der Burgunder, Kap. 45, suchten den Gebrauch des gerichtlichen Zweikampfes deshalb zu rechtfertigen, damit die Leute über dunkle Geschichten nicht fortan Eide schwüren und über wohlbekannte Dinge nicht Meineide ableisteten. Boncenne, Introduct. Ch. 9.

lich bewiesen habe und folglich abzuweisen wäre; hier wird also dem Beklagten ein wahrer Zwang auferlegt, dasjenige als wahr gelten zu lassen, was ohne sein Zuthun sein Gegner beschworen hat. Durch den Erfüllungseid wird der Kläger aushilfsweise als Zeuge in eigener Sache zugelassen, und zwar als klassischer Zeuge, weil nur ein Zeuge die Sache vorher bestätiget zu haben braucht, um den Erfüllungseid zulässig zu machen. Wie läßt sich aber dieser unerwartete Glaube, der einer Partei geschenkt wird, mit C. 10 de test. (4, 20) in Einklang bringen, wonach alle Parteien mit einer absoluten Unfähigkeit behaftet sind, in eigener Sache ein Zeugniß zu geben, — omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt? Ist hiebei nicht an den Fingern herabzuzählen, daß in diesen Fällen der eine Zeuge schon den vollen Beweis macht, und der Erfüllungseid für gar nichts zählt? Und wenn dieses der Fall ist, warum zu dem Erfüllungseide ein eigenes gutes Wissen verlangen, welches also den Beschädigten oder Bestohlenen, denjenigen, dessen Haus bei Nacht und Nebel angezündet wurde, davon wieder ausschließt, was für ihn den halben, aber dennoch genügenden Beweis wieder völlig verloren gehen macht?

4) Der Eid kann blos als ein Mittel bedeutsam sein und bleiben, das Inwendige eines Bewußtseins nach Außen zu kehren und die Geheimnisse einer Partei auf die Oberfläche zur Mittheilung herauf zu bringen. Wer also keine Seele und kein Gewissen hat, wem der Glaube an Gott und die ewigen Wahrheiten der Religion weder als Ueberzeugung, noch als eine Pflicht vor Augen schwebt, wie eine Gemeinde oder Körperschaft, jede Stiftung oder der Staat selbst, auf den paßt der Eid als ein ganz individueller und höchst persönlicher Antrieb zur Offenbarung nicht mehr von ferne. Die Praxis läßt sich durch eine so natürliche und einleuchtende Betrachtung nicht irre machen, weil sie den Eid für ein remedium universale et latissimum hält, vor dem alle Riegel zurückspringen, alle Thüren sich öffnen müssen. Sie ließ sich beigehen, dieses unentbehrliche Hilfsmittel zu einer Eidesleistung durch Stellvertreter zu travestiren, weil denn doch ein Kläger, der das Unglück hat, eine unkörperliche oder so vielköpfige Person zum Gegner zu haben, aus diesem Grunde nicht schlimmer daran sein dürfe, als jeder andere. Was sind nun diese Stellvertreter, beim Lichte besehen? Sie sind die Zeugen in einer fremden Sache zu Gunsten der moralischen Person, für welche sie schwören müssen; warum läßt man sie also nicht als Zeugen oder als Auskunftspersonen

abhören, wozu die GO. K. X. §. 15 Nr. 7 alle Justizdikasterien wenigstens ermächtiget hat? Der Anwalt des Klägers ist ein untüchtiger Zeuge, der Anwalt des Beklagten von dem Zeugnisse befreit, weil er die Geheimnisse seiner Partei nicht verrathen darf; allein der Gemeindevorsteher ist gewiß der Stellvertreter oder Beauftragte der Gemeinde, der Fiskal der amtliche Anwalt des öffentlichen Schatzes; beide dürfen den Erfüllungseid ableisten, müssen den zugeworfenen Haupteid schwören oder verweigern, in beiden Fällen mit den Folgen, als hätte die Gemeinde oder ein ganzes Land selbst geschworen. Wo ist nach dieser Vergleichung noch eine Consequenz erfindlich?

5) Wenn der Eid eine Wissenschaft um Thatsachen und äußere Umstände zur feierlichen Offenbarung bringen soll, so ist derselbe gewiß da unzulässig, wo kein Wissen möglich oder keines vorhanden ist. Wie steht aber hienach die Sache mit dem Glaubenseide, den der gemeine Prozeß durchgehends als eine Nachhilfe des Wahrheitseides, der bayerische wenigstens beim Reinigungs- und einigen Nebeneiden zugelassen hat? Was ein Zeuge glaubt, ist in den Augen des Gesetzes Nichts, was eine Partei für sich selbst bezeugt, Nichts oder weniger als Nichts, was eine Partei aber schwört, daß sie von ihren eigenen Rechtszuständen glaube oder dafür halte, das soll auf einmal, wie durch einen Zauberschlag, zu Allem werden, nach der Anleitung des fr. 34 §. 9 h. t.: Cum res in jusjurandum demissa sit, judex jurantem absolvit;... nolentem jurare reum... condemnat. Ein Glaubenseid ist aber jeder, der nur über eine mittelbare Erfahrung abgeleistet wird, weil dabei die Vermittlung immer unerläßlich ist, daß der Schwörende demjenigen Glauben schenke, was er aus anderen Quellen als seine subjektive Kenntniß geschöpft hat[3]). Der K. Justinian hat wohl in C. 2 §. 2 de jurejur. propt. cal. (2, 59) verordnet: Et licet verae causae natura alia forsitan est, tamen quod *quisque credit et existimat*, hoc jurandum est; allein diese Regel galt nur von dem Calumnieneide, welcher ohnedies mehr eine moralische Bekräftigung der bona fides, als das Offenbaren eines Thatum-

3) Ein erstrichterliches Urtheil vom 17. Januar 1855, welches den Kläger zum Erfüllungseide zuließ, suchte dieses ausdrücklich mit der Bemerkung zu rechtfertigen, es müsse angenommen werden, daß der Kläger um die Sache wohl wissen könne, weil er ja der Zeugenvernehmung beiwohnte, und dabei hören mußte, wie das von ihm zu beweisende Thema von den (für exceptionsmäßig erklärten) Zeugen bestätiget wurde. (RNr. 247, 55/56.)

standes bezielte, wobei also der Glaubenseid sehr unschädlich war. Der Text II. F. 58 in fine, aus den finsteren Zeiten des Lehenwesens herstammend, wird wohl mit noch weniger Grund zur Vertheidigung des Glaubenseides angeführt. Wo kömmt also der gesunde Verstand, wo die gründliche Forschung nach Wahrheit für die ganze Tragweite des Glaubenseides hin? [4a])

6) Soll der Eid als ein Mittel dienen, aus der aufrichtigen Darlegung einer Partei die volle Gewißheit zu schöpfen, so muß derselbe auf wahre Thatsachen beschränkt bleiben, welche darin wurzeln oder einen Zufluß finden können; seine Auflage paßt daher in keiner Weise auf Rechtsbegriffe oder verwickelte Umstände, denen dergleichen beigemischt sind, und wohl ebensowenig der assertorische Eid auf Absichten, Vorhaben oder innere Willenszustände. Die bayer. GO. K. XIII. §. 2 hat sich klar hierüber ausgesprochen durch die Bemerkung, der Haupteid sei für Fälle bestimmt, in denen bei der streitigen Geschichte Niemand gegenwärtig gewesen. Allein die Praxis wußte auch darüber hinwegzusetzen, und hat das körperliche Faktum so gut wie das rechtliche oder vermischte, den geschichtlichen in einer uralten Vergangenheit verschwundenen Vorgang wie den moralischen, der im Innern eines Menschen verborgen liegt, in den Umkreis der Formulirungen gezogen, worüber sie ohne das geringste Bedenken den Eid auferlegt. Woraus erklärt sich dieser unvermerkte Uebertritt in die Wüste einer völligen Bedeutungslosigkeit? Blos daraus, daß der Eid in der gemeinen Vorstellung zu einem stehenden Hilfsorgane verflacht ist, von dem man Alles verlangen, und das man nie gerathen kann, ohne in die Ungewißheit einer Sache mit all' ihren Verlegenheiten gebannt zu bleiben [4b]).

7) Der Eid sollte seiner Natur nach ein subsidiäres Beweismittel sein, erst dann und nur für solche Punkte anwendbar, worüber alle sonstigen Erkenntnißgründe fehlen. Dieses läßt sich ganz bestimmt aus Cap. 2 X. de prob. (2, 19) entnehmen: Nos, cum dunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, *cum alii legitimae probationes deesse noscuntur*, talem consuetudinem

---

4a) Ein Erkenntniß aus neuerer Zeit vertheidiget noch nach gem. Prozesse die allgemeine Zulassung des Glaubenseides als rechtmäßig. Seuffert's Archiv, Bd. IX. Nr. 106.

4b) Ein Beispiel zur Erläuterung. Durch rechtskräftiges Erkenntniß war der beklagten Gemeinde U. Th. der Schiedseid auferlegt, daß sie die Verbindlichkeit nicht habe, den Weg nach M. zu unterhalten. (RNr. 147, 40/41.)

reprobamus, nec ullam habere firmitatem deinceps sancimus. Der Gerichtsgebrauch kehrt sich hieran wieder nicht, sondern läßt den Eid, ohne Bedacht auf jene so natürliche Schranke zu nehmen, überall, selbst über notorische Umstände zu, worüber Urkunden errichtet sind, oder die unter den Augen zahlreicher Zeugen sich ereignet haben, ja, was noch verkehrter ist, über körperliche Zustände, die noch fortbestehen und jeden Augenblick durch Augenschein erhoben werden könnten.

8) Ist der Eid, wie so eben bemerkt, nur als ein letzter Nothbehelf zugelassen, so sollte derjenige, der andere Beweise hat, ihn nicht zur blosen Aushilfe zuschieben können, wenn er seine Wahl bereits getroffen, um wider den mit Zeugen und Urkunden von allen Seiten angegriffenen Gegner, nachdem diese fehlgeschlagen, noch einen kräftigen Druck an sein Gewissen zu versuchen. Nur dem Richter könnte hier überlassen bleiben, von welcher Seite her noch das Bedürfniß einer näheren Betheuerung sich etwa zeige. Allein die Praxis ist auch darüber hinaus; für alle Beweisantritte könnte man die Formulare lithographiren lassen. Der Kläger erbietet sich am Ende erst zum Erfüllungseide über alle Artikel, und schiebt eventuell seinem Gegner über das ganze Beweisthema in negativer Fassung den Haupteid zu.

9) Bei der Feststellung von Verträgen mit ihrem Inhalte stößt der Eid nicht selten auf eine gefährliche Klippe. Da den meisten derselben einige Unterhandlungen vorhergehen, so ist der entscheidende Augenblick des festen Zusammentreffens der beiderseitigen Absichten und Willen sehr häufig ein so subtiles und unerfaßliches Element, von dem unverbindlichen Hin- und Herreden so schwer zu unterscheiden, oder auch in dem Grade der Mißdeutung oder zweischneidigen Vorstellung ausgesetzt, daß die eidliche Bekräftigung einer Partei, ihr Gegner habe seine unwiderrufliche Zustimmung zu einem Vertrage erklärt, nur mit der größten Vorsicht und immer mit Mißtrauen aufgenommen zu werden verdient. Diejenige Partei, welcher der Vertrag vortheilhaft ist und welche ihn ebendeshalb mit ihrem warmen Interesse umfängt, beschwört hiebei im Grunde nichts Anderes, als wie sie den Stand der Frage in's Auge gefaßt, was sie sich damals als Einleitung, und was als wahren Abschluß des Vertrages vorgestellt habe; dasselbe gilt von dem umgekehrten Falle, und beinahe in gleichem Grade auch von Zeugenaussagen [5]). Für

5) Aus diesem Grunde wurde auch in Frankreich die Ordonnanz von Moulins, welche den Beweis eines Vertrages über mehr als 100 Liv. nur durch

die geheimen An- und Absichten eines Menschen ist gewiß in jedem Falle der Eid ein sehr verdächtiger, ein in Wolken verhüllter Leitstern, weil hiebei eine Ueberwachung oder Constatirung des Meineides nicht wohl denkbar ist. Weit besser würde man in all' diesen Fällen mit der weisen Lehre Lauterbach's fahren: Sufficiunt enim indicia et conjecturae. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. I. S. 128.) Die Beispiele des I. Anhanges, Nr. 41—70[b] werden ersehen lassen, wie leicht und einfach es sei, die Simulation und andere verdeckte Absichten aus den Umständen eines jeden Falles zu ergründen. Am allermeisten läuft es aber noch der Natur zuwider, den Eid als Beweismittel auch da zuzulassen, wo es doch im Wesen der Sache liegt, daß eine schriftliche Urkunde errichtet sein müsse, mithin auch nur durch deren Vorlage der Beweis geführt werden sollte, wie namentlich über den Punkt, daß ein Vertrag gerichtlich protokollirt und confirmirt worden sei. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV. S. 157.)

10) Wenn der Eid das religiöse Bewußtsein eines Menschen erschüttern muß, um seinem Gewissen die lebendigste Anregung zur Offenbarung der Wahrheit zu geben, so sollte auch Niemand genöthiget werden, seine eigene Schande zu beschwören oder durch die Verweigerung eines Eides einzubekennen; denn es ist gewiß einer moralischen Tortur gleich, zwei so mächtige Antriebe in einen inneren Kampf zu versetzen. Von dieser Betrachtung ausgehend, ist auch der Reinigungseid seit geraumer Zeit aus dem Strafprozesse verbannt worden; alle Gründe, welche sich hiefür vereinigten, sprechen gewiß mit gleicher Stärke auch im Civilverfahren für die Unzulässigkeit einer Eidesauflage über Verbrechen oder Vergehen oder was ihnen gleich ist. Eine „Geschichte" steht dabei allerdings in Frage, allein meistens eine sehr traurige Geschichte; würde wohl Jemand die Geschwornen abhalten können, wenn die Sache später in das Strafverfahren überträte, jene Verweigerung des Eides als eine Anzeigung, als ein stillschweigendes Geständniß der Schuld zu betrachten? Nach Vorschrift der GO. K. X. §. 15 Nr. 5 soll man in die Fragstücke an Zeugen keine Sachen einfließen lassen, welche zu des Deponenten eigener Schande gereichen, oder seine Begriffe übersteigen, oder auch verfänglich oder sonst zur Sache nicht dienlich sind; warum sollte nicht alles dieses

Urkunden zu führen erlaubte, von den Parlamenten mit der entschiedensten Gunst aufgenommen. Vgl. Boitard a. a. O. Nr. 470. Siehe oben Abschnitt X. Note 11.

gleich gut vom Eide der Gegenpartei gelten? Das Cap. 26 X. de jurejur. (2, 24) sagt ausdrücklich: ... sic profecto, cum necessitas exigit, de re vera, *licita et honesta* potest secure jurari. Allein unsere Civilrechtspflege läßt sich von so zarten Rücksichten nicht rühren; sie will unbedenklich dem Angeklagten, der freigesprochen ist, noch den Eid auferlegen, und ließ selbst den Verurtheilten noch zu dessen Ableistung darüber zu, daß er die That nicht begangen. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV. S. 156.) Ueber den Ehebruch, dieses mit Scham erfüllte Geheimniß einer lockeren Sittenzucht wird der Eid ruhig auferlegt und beinahe immer auch abgeschworen. Auf wen fällt wohl am nächsten die Verantwortlichkeit dieser Versuchung, und die für die Gefahren, welche daraus hervorgehen?

11) In einer auffallenden Haltlosigkeit finden wir den Eid ganz seiner Natur entgegen auf dem Felde der dinglichen Rechte mit herbeigezogen. Sein Uebergriff auf den Rechtspunkt, seine Genügsamkeit mit Meinen und Dafürhalten, sein Versteigen in Umstände einer völlig untergegangenen Vorzeit wird hier gewissermaaßen auf frischer That betreten. Ein unsicherer Besitz oder ein zweideutiges Eigenthum, verworrne Gränzen, oder, was ebensoviel sagen will, das Zusammentreffen des Eigenthumes auf der einen mit aussetzlichen Dienstbarkeiten auf der anderen Seite können sehr oft ihrer Natur nach nicht wohl anders, als durch zusammengesetzten Beweis erhoben und zur Entwirrung gebracht werden; sie bieten meistens keine anderen Anhaltspunkte dar, als eine genaue Forschung in der Rechtsgeschichte des Landes oder der besonderen eines Ortes, in alten Urkunden und öffentlichen Büchern, in einzelnen Aktenstücken oder Erlassen der Behörden, in unvordenklichen Zuständen, Marksteinen oder alten Gränzbeschreibungen und ähnlichen Behelfen. Sind aber diese erschöpft, so ist es die Sache der Rechtspflege selbst, und nicht der einen Partei, im Wege der Folgerung die Lösung der streitigen Fragen vorzunehmen und das wahre Rechtsverhältniß nach eigener Anschauung festzustellen. Die gewöhnliche Hinweisung auf die Möglichkeit, daß die betreffende Partei sich immer noch genauer erkundigen, in alten Urkunden und geheimen Notizbüchern noch eine Art ergänzender Nachuntersuchung pflegen und dann das Wahre der Sache mit Erfolg beschwören könne, ist nur ein durchsichtiger Vorwand, durch den sich die Pflicht einer verzweifelten Urtheilsfindung aus der Schlinge zu ziehen glaubt [6a]). Wohl gibt

6a) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. V. S. 31; Bd. XII. S. 412; Bd. XIII.

das fr. 34 pr. h. t. den Richtern die Anleitung: et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum ei jusjurandum, *aut spatium dandum, ut certioretur, et sic juret.* Allein damals stand nur in Frage, ob ein versprochener aber vermißter Sklave in der weiten Ferne wirklich verstorben sei; auch wurde ja dem Richter die Wahl offen gelassen, den Eid entweder ganz zu erlassen, oder aus jenem Grunde auf längere Zeit zu vertagen.

Diejenigen Richter, welche in Fällen solcher Art über den Bestand oder die Natur eines gewissen Rechtes noch einen Eid auftragen oder zulassen, vergeben die Gerichtsbarkeit, die ihnen doch nicht persönlich gehört, und überlassen sie für den treffenden Fall derjenigen Partei, welche sie mit einer solchen eidlichen Kundgabe betrauen. Sie sollten dabei die Bemerkung des fr. 17 de judic. (5, 1) nie vergessen: iniquum est, aliquem suae rei judicem fieri. Vgl. oben S. 222 ff. Nr. 3.

12) Als ein verbreiteter Irrthum, der sich hier im Vorübergehen berühren läßt, ist auch noch die Meinung zu beklagen, in Fällen eines billigen Verdachtes müsse der Reinigungseid nothwendiger Weise demjenigen, der keine eigene Wissenschaft von der Sache hat, über Nichtwissen und Nichtglauben, d. i. de credulitate auferlegt werden, während doch hiefür kein Gesetz vorhanden ist, die oben angeführte Stelle des röm. Rechtes dem Richter erlaubt, ihn nach Umständen auch zu erlassen — *aut remittendum ei juramentum,* aut spatium dandum, — und die Anmerkungen zur bayer. GO. K. XIII. §. 3 litt. f a. E. nur sagen, derselbe werde allenfalls, d. h. wenn die Umstände einen Nutzen hievon erwarten lassen, nach der Einsicht des Richters auch de credulitate angenommen [6b]).

13) Ein großer Mißstand der Zuschiebung des Eides mit allen Gefahren seiner planlosen Irrfahrt tritt noch im Concursprozesse hervor. Der Eid wird hier für jeden angemeldeten Gläubiger gleichsam zum souverainen Beweismittel, um die willkührlichsten

---

S. 137. In dem hier zuletzt erwähnten Erkenntnisse ist scharf das letzte Viertel des Beweises unterschieden, wofür der Erfüllungseid nur eine geringere Lichtmasse zu verbreiten brauche, als diejenige ist, womit der Haupteid als Vollmond den ganzen Beweis zu versehen hat.

6b) Im österreich. Civilprozesse ist der Reinigungseid ganz unterdrückt, d. h. gleichwie sich zum Erfüllungseide erboten, so muß auch die eidliche Verneinung vom Gegner immer verlangt werden, wodurch derselbe im Haupteide aufgeht. Beidtel's ordentl. Verf. §§. 242, 243.

Behauptungen und aus der Luft gegriffene Forderungen durch seinen Eid allein flüssig zu machen und in die Rangordnung der Gläubiger, wenn gleich meistens ohne allen reellen Nutzen einzuschwärzen. Der vorgebliche Gläubiger einer geliehenen Summe oder eines ausstehenden Kaufpreises braucht keine Urkunde, keinen Zeugen, ja nicht einmal eine Vermuthung für sich zu Gebote zu haben, er darf der Vater oder Bruder, der Sohn oder Oheim des Gemeinschuldners sein, er schiebt dem letzteren und jedem widersprechenden Gläubiger nur den Haupteid zu. Der Cridar ist gestorben oder hat meistens sorgenlos die Trümmer seines gescheiterten Vermögens ihrem Schicksale Preis gegeben, der Cridar kann den Eid nicht wohl annehmen oder schwören, und verdient wenigstens hiebei gar keinen Glauben, weil er durch sein Geständniß den Gläubigern kein Recht mehr vergeben darf; die Mitgläubiger können ihn auch nicht annehmen, weil sie nicht das geringste von der Sache wissen; der liquidirende Gläubiger selbst soll aber durch diese Verwicklung in der Person seiner Gegner nicht um das einzige noch übrige Beweismittel kommen, welches ihm das gemeine Recht selbst in die Hand gegeben. Der Eid muß daher für stillschweigend zurückgeschoben gelten, und wird demselben nun als eine Bedingniß der Einreihung mit seiner Forderung auferlegt. Bei dieser formalen Combination kümmert sich natürlich Niemand darum, ob die betreffende Forderung auch wahrscheinlich, durch Belege oder wie sonst immer bekräftiget sei, und warum sie z. B. in den Büchern des Cridars vermißt werde. Auf diese und ähnliche Weise wimmeln unsere Prioritätserkenntnisse zuweilen von auferlegten Eiden, die ihrem inneren Wesen nach nichts Anderes sind, als Würdigungseide, juramenta in litem, Eide, mit denen der Gläubiger durch seine beschworne Bekräftigung allein den ganzen Klagegrund und die Größe seiner Forderung zugleich festzustellen in seiner Macht hat [7]).

7) In dem Concurse eines Holzhändlers wurden zahlreiche Forderungen für verkauftes Holz liquidirt, denen beinahe kein Beweismittel als die Zuschiebung des Haupteides zu Gebote stand; 41 derselben mit Posten zu 10 fl. — 3 fl. — 1 fl. — auch 43 kr. wurden durch eine fiscalische Berufung der Entscheidung des obersten Gerichtshofes unterbreitet. Beinahe alle wurden oder blieben in der letzten Klasse unter Bedingnissen, wie folgende, eingestellt, daß der Gläubiger vorerst die beiden Eide schwöre, daß er im J. 1845 an N. für 36 fl. Wellen abgegeben, und dafür 36 fl. oder wie viel weniger nicht bezahlt erhalten habe. (RNr. 1434, 50/51.) Es lag wohl klar am Tage, daß keiner derselben nur die mindeste Aussicht auf Befriedigung blühte.

14) Beinahe überall findet sich als Vorläufer und Trabant des zugeschobenen Haupteides noch der spezielle Calumnieneid des Gegners im Wege, eine Art prozessualer Balancierstange, um die Gleichheit beider Theile zu wahren, damit auch der Zuschiebende nicht unbeeidiget aus dem Handel herauskomme, sondern mit dem Beispiele seiner gläubigen Erhebung den Vortritt nehme. Noch im J. 1819 hielt man denselben in Bayern für so bedeutsam, daß man ihn für diesen einzelnen Fall von der allgemeinen Abschaffung des Calumnieneides durch ein besonderes Privileg ausnahm. (Nov. v. 1819 §. 7.) Wenn denn doch alle unsere Beweisführungen, wie die Erfahrung lehrt, mit Eiden ausgehen, und der Calumnieneid die Achtung wirklich verdienen sollte, die ihm jene Beibehaltung zollte, warum verlangt man denselben nicht lieber gleich am ersten Eingange des Streites von beiden Theilen ganz allgemein, wie es schon die Idee des Kaisers Justinian in C. 2 de jurejur. propt. cal. (2, 59) war, darüber, daß sie in jedem Stücke die reine und unverfälschte Wahrheit sagen wollen? Jede spätere Auflage und jede Zulassung einer eidlichen Offenbarung wäre alsdann wie mit einem Schlage gleich im Voraus erübriget.

Uebrigens wird die Zuschiebung des Haupteides selbst als Mittel der Bescheinigung zugelassen, wo doch die freie Erhebung der Wahrscheinlichkeit einer so ärmlichen Nachhilfe nie bedürfen kann. Als Beweismittel selbst ist der Eid durch keine Summe und keine Wichtigkeit des Gegenstandes bedingt; ein Thaler und noch weniger wird von Anwälten und Richtern mit demselben Gleichmuthe zum Gegenstande zweier Haupteide über den Nichtempfang des Darlehens und eventuell seine noch nicht erfolgte Zurückbezahlung gemacht, und jedem noch überdies ein besonderer Calumnieneid des Deferenten angehängt, als stünde eine große Summe oder das ganze Vermögen eines Mannes auf dem Spiele.

15) Um den bisherigen Bemerkungen leichter Eingang zu verschaffen, und zugleich eine feste Unterlage zu geben, wird es nicht am unrechten Orte sein, wenn gleich hier ein kleines Specimen auferlegter Eide eingeschaltet wird, wie solche im Verlaufe weniger Jahre in der Praxis des obersten Gerichtshofes in M. zum Vorscheine kamen.

a) Die Fiskale müssen in der Regel, wie sich durch viele Beispiele nachweisen läßt, den Editionseid in der Formel der GO. schwören, daß der kgl. Fiskus gewisse alte verloren gegangene Urkunden weder besitze, noch gefährlich aus Handen gelassen, auch nicht wisse, wo dieselben dermalen zu finden oder wer ihrer habhaft sein möge. (Bl. f. RA. Bd. II. S. 98; Bd. IV. S. 154.) Wie sollte

aber ein Fiskalbeamter wissen oder beschwören können, daß ein alter Lehnbrief oder das Gefällbuch eines aufgehobenen Klosters in den unzähligen Archiven und Reposituren eines Landes von acht Kreisen nicht vorhanden sei? Jener Eid paßt wohl auf einen Privatmann, der all' seine Briefschaften in einer Schublade beisammen hat und diese jeden Augenblick ausschütten kann, ist aber sinnlos für ein Staatsärar, und eine unverständige Bedrückung für den in Pflichten stehenden Beamten desselben, der soviel Vermuthung der Redlichkeit für sich hat, daß derselbe nach GO. K. XIII. §. 6 Nr. 5 selbst mit dem Calumnieneide als dem Gattungsbegriffe des Editionseides verschont bleiben soll.

b) Ein Fiskalrath erhielt den zugeschobenen Hauptеid auferlegt, daß die Stadt A. eine Forderung an das k. Aerar vom 1. Okt. 1811 bis dahin 1824 nicht bei einer der damals zuständigen Finanzstellen angemeldet habe. Die Stadtgemeinde konnte keinen Lieferschein vorlegen, nicht einmal sagen, wann und wo sie eine solche Anmeldung vorgenommen haben wollte, was doch ihre Handakten, wenn dieselbe je stattgefunden, nachweisen mußten. Es war klar, der städtische Anwalt hatte in Ermanglung eines anderen Beweismittels mit der Eideszuschiebung nur auf den Busch geklopft. (Bl. f. RA. Bd. X. S. 158.)

c) Standes- und Gutsherren sollen nicht selten Reinigungseide über uralte Dinge ihres Gutsbesitzes schwören, wie z. B. folgenden, daß sie weder wissen noch glauben, daß ihre hergebrachten Frohnden aus der Leibeigenschaft abstammen. (Bl. f. RA. Bd. XIII. S. 383.) Ist einer derselben zufällig der Geschichte kundig, so muß sein Stand in Bezug auf jenen gewissenhaften Glauben viel mißlicher sein, als der seiner übrigen Standesgenossen. Ein Standesherr erhielt sogar den Beweis, und nach dessen Durchführung den Erfüllungseid auferlegt, daß für seine Grafschaft auf dem liegenden Vermögen der Pfarrei A. eine jährliche Getreidreichniß von ... laste. (RNr. 116, 55/56.)

d) Gewerbsgenossen werden zu dem Eide angehalten, daß sie weder wissen noch glauben, daß ein Gewerbe real, d. i. von Rechtswegen veräußerlich sei, was auf einen sehr verschlungenen Rechtsbegriff hinausläuft. Noch öfter muthete man Gefällpflichtigen den Eid darüber zu, daß sie weder wissen noch glauben, daß eine seit langer Zeit übliche Reichniß an den Gutsherrn auf ihrem Grund und Boden hafte. (RNr. 592, 54/55.)

e) Ein Gutsverkäufer sollte sich durch den Eid reinigen, daß ein von ihm verlangter Mäklerlohn nicht der angemessene, sondern daß er, und um wie viel zu hoch sei, wobei derselbe noch obendrein gar nicht in eigenem Interesse, sondern als Vormund seines minderjährigen Neffen gehandelt hatte. Der oberste Gerichtshof setzte jedoch das eingeklagte Honorar sogleich nach billigem Ermessen fest. (RNr. 1608, 44/45.)

f) Ein Fürst mußte schwören, daß die Holzpreise für gewisse zurückbehaltene Naturalabgaben an ein Spital, die er zu vergüten hatte, in den letzten 30 Jahren, wo zum größeren Theile noch sein Vater das Gut besessen, und er sich um Nichts bekümmert hatte, nicht die in der Klage von ihm geforderten, sondern niedriger, und um wie viel geringer gewesen seien. Man sagte ihm in den Gründen, er solle sich nur erkundigen. Zeugenaussagen und Zeugnisse hierüber lagen bereits viele bei den Akten, sie trafen aber nicht zusammen. (RNr. 1000, 52/53.)

g) Einem Fiskal wurde in dem Streite mit dem Bauaccordanten einer Eisenbahn, weil sich die Zeugenaussagen hierüber widersprachen, der eventuell zugeschobene Hauptеid auferlegt, daß die Preise von fünf Klassen behauener Granitsteine, namentlich von großen, mittleren und kleinen Eckkämpfern, u. s. w. nur 40 kr. per Cubikfuß, und nicht die geforderten 1 fl. 28 kr., 1 fl. 16 kr., 55 kr. u. s. w. oder wie viel weniger betragen. Der Fiskal hatte jene Preise als weit übersetzt widersprochen, und man sagte ihm daher, wer widerspricht, muß auch wissen, was sie werth sind. Von dem obersten Gerichtshofe wurden jene Preise ganz frei arbitrirt. (RNr. 1490, 52/53.)

h) Einem Beklagten, der die gerichtsablehnende Einrede vorgeschützt hatte, wurde sogar von einem Landgerichte der Eid darüber aufgetragen, daß er die Absicht nicht habe, beständig an dem Orte wohnen zu bleiben, wo er sich damals aufhielt.

i) Ein Vater, dem eine Tochter wegen vorgeblich harter Behandlung entlaufen war, und nun ihren Unterhalt von ihm verlangte, sollte den referirten Haupteid über seine Einrede schwören, daß er bereit sei, dieselbe wieder bei sich aufzunehmen und gut zu behandeln, was der Sache nach gewiß weit eher ein promissorischer, als ein assertorischer Eid war.

k) Welch' zahlreiche und gefährliche Eidesauflagen über vorgehaltenen Ehebruch in Scheidungsprozessen vorkommen, ist ohnedies schon bekannt, während doch alle Rechte mit Einschluß des mosaischen auch den dringenden Verdacht des Ehebruches als einen zureichenden Grund zur Trennung der Ehe gelten lassen. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII. S. 225; Bd. XVII. S. 168, 199 und 350.)

l) Dem k. Fiskus wurde in umgekehrter Richtung zu dem oben litt. d erwähnten zweiten Falle der Reinigungseid auferlegt, weder zu wissen noch zu glauben, daß der von der Gemeinde S. jährlich zu entrichtende s. g. Stephanszins von 2 fl. ein persönliches Gefäll sei. (RNr. 592, 54/55.)

m) Ein alter Geistlicher, welcher auf dem Sommerkeller sich den nicht sehr feinen Scherz erlaubte, einem Rechtspraktikanten unversehens den Knebelbart mit der Scheere abzuschneiden, sollte vier oder fünf Jahre später den Eid schwören, daß er dieses nicht in der Absicht gethan, ihn zu beleidigen, nachdem doch alle Zeugen den ganzen Vorfall bis auf das Kleinste erzählt hatten. Auch dieser Schwur wurde von dem obersten Gerichtshofe wegen der Heiligkeit des Eides von Amtswegen beseitiget. (Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 175.)

n) Sehr zahlreich finden sich auferlegte und abgeschworne Eide über den Bestand oder den Umfang einer Dienstbarkeit, über die heimliche oder bittliche Ausübung derselben ein. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI. S. 287; Bd. XIX. S. 64.) Hievon mögen nachfolgende zwei Beispiele eine mehr als hinlängliche Vorstellung geben. Dem Magistrate der Stadt M. wurde der Reinigungseid aufgetragen, daß er weder wisse noch glaube, daß einem benachbarten Gutsherrn das Recht zur Schafweide in dem Walde einer städtischen Stiftung seit undenklichen Zeiten zustehe. (RNr. 972, 48/49.) Einem Confessorienbeklagten in R. wurde der Reinigungseid über Nichtwissen und Nichtglauben aufgetragen, daß die Servitut, Schweine in einem unterirdischen Gewölbe unter seinem Hause halten zu dürfen, sich auch auf den daran anstoßenden Thurm erstrecke; eventuell dem Kläger der

Haupteid, daß ihm die Benützung des Thurmes hiezu nicht bittweise und aus nachbarlicher Gefälligkeit gestattet worden sei. (RNr. 1604, 52/53.)

o) Ein Graf, dessen Gutsbeamter bereits umständlich als Zeuge vernommen war, erhielt sich noch den Reinigungseid zugemuthet, daß in seiner Grafschaft nicht ein Herkommen bestehe (hierauf ruhte der Nachdruck, denn der Usus war gewiß), wonach den Wittwen der Leibrechtler verstattet wurde, gegen ein s. g. Willengeld bis zur Großjährigkeit ihres ältesten Knaben auf dem leibfälligen Gute sitzen zu bleiben. Der oberste Gerichtshof beseitigte diesen Eid, und nahm die Sache als res merae facultatis an.

p) Zweiundzwanzig Mitglieder einer Gemeinde übten gegen einen Ausmärker ex jure incolatus das Einstandsrecht auf ein von ihm erkauftes Stück Wald aus. Sie erhielten daher zum Beweise und nach dessen Durchführung seltsamer Weise auch alle 22 den Erfüllungseid auferlegt, daß jene Waldung „in ihrem Dorfbezirke" liege, womit offenbar nur die zweifelhaft gewordenen wahren Gränzen des Dorfbezirkes selbst gemeint waren. Als nunmehr vierzehn der Streitgenossen den Eid geleistet, die übrigen acht ihn verweigert hatten, entbrannte auf's Neue ein heftiger Streit darüber, ob nun den 14 Schwörenden der ganze Wald gebühre, oder bei theilweiser Eidesweigerung die Kläger alle abzuweisen seien, oder ob der Wald nur pro rata der geleisteten Eide herauszugeben sei. Hierüber wurde in den drei Instanzen verschieden erkannt.

q) Ein Patrimonialrichter schob in dem Streite über eine vierteljährige Besoldung seinem Gutsherrn den Eid darüber zu, daß ihm der Regierungspräsident nicht den Auftrag gegeben, das Patrimonialgericht noch einige Zeit nach Ablauf seiner Dienstzeit zu versehen. Dieser Eid über ein factum alienum wurde auch alles Sträubens von Seite des Delaten unerachtet zugelassen, und dem letzteren, der ihn eventuell über Nichtwissen angenommen hatte, in der Wahrheitsform auferlegt. Als er ihn nun geschworen hatte, rief der klägerische Anwalt den Staatsanwalt an, eine Verfolgung wegen Meineides wider seinen siegreichen Gegner zu beginnen, und er schlug hierüber denselben Vorstand der Regierung als Zeugen vor, dessen er sich doch im Civilprozesse zu bedienen verschmäht und dafür nach dem Eide gegriffen hatte. Dieser insidiose Versuch blieb natürlich ohne allen Erfolg.

r) Mehrere Ortsbewohner, welche behaupteten, von der Concurrenz zum Baue der von ihren Kindern besuchten Schule herkömmlicher Weise frei zu sein, schoben, als ihnen Beweis hierüber auferlegt war, der Gemeinde den Haupteid über ihr Beweisthema zu. Alle drei Instanzen erklärten den Eid in der Fassung für zulässig, daß die beklagte Schulgemeinde in den zwei letzten Fällen in der Meinung einer rechtlichen Nothwendigkeit keine Beiträge von den Klägern verlangt habe. (Seuffert's Archiv Bd. X. Nr. 4.) Was konnten sich die schwörenden Bauern wohl hiebei denken?

s) Zwei Brüder vom Bauernstande, welche das väterliche Gut bereits von der Mutter übernommen und unter sich abgetheilt hatten, sollten, als sie später von einem Gläubiger ihres Vaters belangt wurden, den Reinigungseid schwören, daß sie nicht dessen Erben geworden. In dieser kurzen Eidesformel lag die ganze Theorie der Immixtio und Pro herede gestio als eine geheime Nuß verborgen, weshalb auch der oberste Gerichtshof den Eid abstrich, und sie beide als unbedingte Erben nach den Umständen des Falles für haftbar erklärte.

t) Den Erben eines im Laufe der Sache verstorbenen Injurienklägers wurde der Aestimationseid auferlegt, weil ja auch sie wissen könnten, wie hoch sich die von ihrem Erblasser erlittene Schmach zu Geld anschlagen lasse. (RNr. 645, 55/56.)

u) Einem Intestaterben, wider den von einem vorgeblich gleich nahen Verwandten die hereditatis petitio partiaria angestellt war, wurde in allen drei Instanzen der Reinigungseid auferlegt, weder zu wissen, noch zu glauben, daß die Mutter des Klägers eine eheliche Schwester des Vaters des Erblassers gewesen sei. Beide sollten 1741 und 1745 vor mehr als 100 Jahren geboren sein, und waren vor etwa 50 Jahren gestorben; der Inhalt der vielfach ausgezogenen Pfarrbücher war über jenen Punkt unklar und widersprechend. (RNr. 1823, 54/55.)

v) Einem Fuhrknechte, auf Entschädigung belangt, wurde in drei Instanzen gleichförmig der zugeschobene Haupteid aufgetragen, daß dem Fuhrmanne, bei dem er diente, nicht durch sein Verschulden ein Ballot mit Waaren im Werthe von 30 fl. verloren gegangen sei. In den Gründen der zweiten Instanz wurde hiezu angeführt, Delat vermöge aus dem Bereiche der ihm nach dem Dienstvertrage obgelegenen Leistungen bei schlichtem Menschenverstande eine allenfallsige Versäumniß leicht selbst herauszufinden, wie denn auch bei der Unmöglichkeit einer allseitigen äußeren Controle stets sein Gewissen es sein werde, dem die Entscheidung über die Erfüllung jener Obliegenheiten vornehmlich anheim gegeben werden müsse. (RNr. 1800, 54/55.) Also ein klares Zugeständniß, daß der Eid die Partei zum Richter in eigener Sache erhebe.

Diese kleine Auswahl aus einer großen Anzahl von Fällen der gewöhnlichsten Art wird hinreichen, um zu überzeugen, in welch' falsche Bahn eines nutz- und sinnlosen Gebrauches der Eid der Parteien im deutschen Prozesse eingelaufen sei; einige schon oben (Note 1) angeführten Beispiele aus dem II. Anhange werden die großen Uebelstände dieser Vervielfältigung, gegen welche sich alle gesunde Vernunft sträubt, noch markirter hervortreten lassen.

Was ist nunmehr nach all' diesen Betrachtungen die wahre Moral und was die innere Bedeutung solcher Eidschwüre für den Scheideweg zwischen Wahr und Falsch, für die Gränze zwischen Licht und Finsterniß, und wohin muß uns eine vernünftige Kritik dieses breitgeschlagenen Hilfsmittels führen, um die Wahrheit der Thatsachen im Prozesse an die große Helle des Tages zu ziehen? „Der Eid, wodurch man Gott zum Zeugen der Wahrheit und zum „Rächer des Meineides anruft," wie uns die bayer. GO. K. XIII. §. 1 sehr vernehmlich vorhält, dieser feierliche Aufruf an Pflicht und Ehre, diese mit Schauer erfüllende Ansprache an Himmel und Hölle, diese Feuerprobe für Wahrhaftigkeit und Gottesfurcht ist zu einem gemeinen Handgriffe der Streitsucht und Prozeßkunst herabgesunken, er ist zu einem hohlen Nußknacker zugeschnitzt, den man mechanisch in die Formulirung steifer Urtheile einklemmt, er ist dem Wesen

der Gottesurtheile des sechsten Jahrhunderts verfallen. Bis in die Mitte unseres Zeitalters verirrt, spielt derselbe hier noch die traurige Rolle der Verbalterrition, jenes Vorspieles und ersten Grades einer längst vom Schauplatze abgetretenen Tortur. Der Eid der Parteien ist im deutschen Prozesse durch die Verkehrtheit seiner Anwendung und die erkünstelte Mannigfaltigkeit seiner Schattirungen, vor Allem durch die Frequenz seiner Dazwischenkunft in ein zerfließendes Nebelbild ohne Mark und Kraft ausgeartet, in eine gerichtliche Ceremonie ohne inneren Ernst und sittliche Würde. Der Urtheilsfällung eröffnet derselbe wohl noch einen weitläufigen Turn- und Tummelplatz zu ihren Evolutionen, für die Ergründung der Wahrheit ist er ohne reellen Werth, für die Feststellung des Sachverhaltes ohne vernünftige Mitwirkung. Der Ehrenmann wird immer auch ohne Eid die Wahrheit mit Ja und Nein sagen; der es nicht ist, wird sie mit allen Eidschwüren, die ihm abverlangt und von ihm vorsichtig geleistet werden, noch immer verläugnen; zwischen diesen zwei Wechselfällen dreht sich die ganze Moral des Eides um ihre eigene Axe[8]). Wer zum Eide zugelassen ist, der schwört denselben ganz flüchtig aus dem Grunde ab, weil er von vorne herein glaubt, diese Zulassung selbst sei schon das richterliche Urtheil, welches ihm Recht gebe; denn wenn die Richter das Wahre an der geheimen Sache anders wüßten, oder besser zu ergründen vermöchten, so würden sie nicht erst von ihm verlangen, dasselbe zu beschwören. Jeder Vorbescheid, der den Eid auferlegt, ist also nicht mehr das Urtheil selbst, nicht mehr eine Vorbereitung, sondern in seinem innersten Wesen eine Versagung des Urtheiles, welches demjenigen, der es verlangt hat, oder den es treffen sollte, damit selbst in die unverlässige Hand, auf die schnell fertige Zunge gelegt wird. Es bedarf dann mehr nicht als eines gewandten Griffes in eine offene Urne, um die Prognose des Endurtheiles ohne Mühe hervorzuziehen. Wenn Moses in der Wüste mit seinem Stabe auf einen Felsen schlug, so sprudelte im Augenblicke eine frische Quelle des reinsten Wassers hervor. Die deutsche Rechtspflege glaubt sich

8) Dieselbe Bemerkung machte im Grunde schon Pothier in seiner Abhandlung über das Obligationenrecht, wenn er dort sagte: „Ist Jemand ein ehrlicher Mann, so hat er nicht nöthig, von dem Eidschwure davon zurückgehalten zu werden, dasjenige nicht zu verlangen, was ihm nicht gebührt, und nichts abzuläugnen, was er schuldig ist; wenn er aber kein ehrlicher Mann ist, so wird ihn auch die Furcht vor dem Meineide nicht davon zurückschrecken.“ Vgl. Best's engl. Beweisrecht §. 51.

ebenso mit dem Eide eine Quelle der lauteren Wahrheit eröffnen zu können; statt dessen kömmt nur das trübe Abwasser ausgelaugter Gewissen in einer halbvermoderten Rinne zum Vorscheine.

Allein diese ganze Sache hat noch eine andere weit tiefer gehende Seite, wenn man die christliche und religiöse Bedeutung des Eidschwures und die ganze Schwere des Meineides mit all' seinen Flüchen daneben stellt und mit in den Umkreis einer ernsten Betrachtung zieht. Es ist bekannt, daß unser Privat- und Prozeßrecht einem Schuldner nicht erlaubt, sich freiwillig und außerhalb der besonderen Form des Wechsels zur Versicherung einer Schuld dem Personalarreste zu unterwerfen; jede Abrede oder Ausbedingung dieser Art wäre nichtig, weil man die Freiheit der Person für ein zu edles und unveräußerliches Gut hält, um sich so leicht als Pfand verschreiben oder mit in den Schuldverkehr ziehen zu lassen. In Ansehung der heiligsten Geheimnisse unserer Religion besteht eine ähnliche Scheue nicht. Wer in seinem Eidschwure Gott zum Zeugen der Wahrheit und zum Rächer des Meineides anruft, der unterwirft sich auf den Fall, wenn er dennoch die Unwahrheit vorbringen sollte, der ewigen Verdammniß, dem Verluste eines anderen unsterblichen Lebens und seiner ganzen Seligkeit. Denkt noch ein Richter an diese schauderhafte Folge, die er hervorruft, wenn er einen Eid auferlegt, und denkt eine Partei wirklich daran, die ihn abschwört? Und wenn Niemand, oder nur in seltenen Fällen Einer daran denkt, was ist von dem ganzen Nutzen eines Mittels zu halten, dessen letzte Ausläufer in so unermeßlichen Abständen unter der Wölbung eines Grabes verborgen liegen? Bereits oben im Eingange (Note 1[a]) ist die Aufmerksamkeit auf einige besonders auffallende Beispiele des II. Anhanges (Nr. 15, 16[b], 18, 20 und 24) hingewiesen. Zwei geschiedenen Ehegatten wurden, um ihren unbedeutenden Hausrath auseinander zu setzen, dessen Werth zuletzt kaum 300 fl. betrug, gegen hundert, in dem Urtheile zweiter Instanz allein achtundfünfzig neue Eide auferlegt; einem Nachts überfallenen und mißhandelten Bauernburschen wurden, um seine Entschädigung flott zu machen, acht Eide, einer verunglückten Fabrikarbeiterin, um zu einer Schadloshaltung von weniger als 300 fl. zu gelangen, sechs äußerst verschlungene Eide aufgetragen, und wahrscheinlich auch längst abgeleistet. Wenn nun von den Eiden, welche jene verstoßene Ehefrau über jedes Stück ihres gelichteten Einbringens schwören sollte, wenn der Eid über einen vermißten Fußpolster, oder über zwei Waschkörbe, oder über sechs Kaffeetassen

falsch geschworen wäre, — beinahe versagt das Wort den Dienst auf der Zunge um auszureden, — oder wenn der übel zugerichtete Bauernbursche statt 4 fl. 24 kr., wie er schwören mußte, wissentlich nur die Hälfte in die Apotheke für seine Kurkosten bezahlt hätte, so gehörten die beiden Unglückseligen auf ewig in die Hölle; — ist nur noch die Spur eines ernsthaften Gedankens in den Richtersprüchen erfindlich, welche jene Combination, jenes Paktum mit dem bösen Feinde zur Grundlage nehmen?

Die Sache liegt also klar am Tage; Niemand glaubt mehr im Ernste an ein moralisches Gewicht solcher Eide, Niemand denkt an ihre fürchterliche Tragweite, Niemand kann in dasjenige, was beschworen wurde, und woran der Gegner, wäre er zum Eide zugelassen, ebenso gewiß das Widerspiel beschworen hätte, nur das geringste Vertrauen setzen. Jedermann geht nur noch in dem alten Wege fort, weil er ihn getreten vor sich fand, und sich jeden anderen vernünftigen Ausweg, um an ein sicheres Ziel zu kommen, verschlossen findet, oder wenigstens durch eine Barrikade für abgesperrt hält. Das einzige natürliche Mittel der Abhilfe gilt in vielen Augen für weit schlimmer, als das Uebel selbst, was damit vermieden werden soll. Dasselbe könnte nur in der freien Beurtheilung des Faktums unter der Herrschaft der Umstände des Falles bestehen, die man für unjuristisch und einen Gräuel der Willkühr hält. Man überläßt dieselbe lieber als ein verwünschtes Privileg den Geschwornen, welche die englischen Juristen eben darum so treffend als *abnormes Sapientes* bezeichnen, das heißt, als gescheidte Leute, die aber nicht bei der Schnur bleiben [9]). Einer Apologie des Eides, wollte sie Jemand versuchen, bliebe im Angesichte der vorstehenden Kritik wohl kaum ein anderer Ausweg offen, als sich hinter das alte und verbrauchte Lied der fr. 20 und 21 de leg. (1, 3) flüchten: Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. — Et ideo rationes eorum, quae constituta sunt, inquiri non oportet; *alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*

Wenden wir uns nunmehr von hier aus gerade zu dem französischen Civilprozesse als dem Hauptgegenstande dieser Erörterung hinüber, so erfaßt derselbe das Mittel, die Offenbarung der Theile selbst als eine unmittelbare Quelle für die Ergründung der Wahrheit des Sachverhaltes zu benützen, in einer dreifachen

9) Vgl. Rüttimann's engl. Civilprozeß S. 238.

Form, und zwar 1) als die eigentliche *interrogatio in jure facienda* des römischen Rechtes, wobei die eine Partei die andere über artikulirte Thatumstände, die ihr vorher zugestellt werden müssen, um sich auf die Antwort vorbereiten zu können, ausfragen läßt. Sie ist ein förmliches Beweismittel der Partei selbst, die jedoch bei dem Verhöre nicht zugegen sein darf; über die Angemessenheit der aufgestellten Artikel zu urtheilen, steht in dem billigen Ermessen der Richter. (Bonnier a. a. O. Nr. 308.) Nach der Ordonnanz von 1667 war dieses Examen ein eidliches, was jedoch die neue Pr.-O. beseitiget hat. Die Regeln hiefür sind in den Art. 324—336 C. Pr. zusammengestellt; die Vernehmung findet auch gegen Körperschaften durch Stellvertreter statt, welche hiezu bezeichnet werden müssen. Die Ansichten der Doktrin über die Zweckmäßigkeit und Beibehaltung dieses Beweismittels sind sehr getheilt; in der Praxis soll dasselbe seinen Nutzen als sehr heilsam bewähren. Bonnier a. a. O. Nr. 316. Als eine große Anomalie ist zu bezeichnen, daß nach mehreren Erkenntnissen des Cassationshofes das Zugeständniß in einem solchen Parteiverhöre für eine schriftliche Bescheinigung gilt, welche nun erlaubt, einen nicht schriftlich errichteten Vertrag bezüglich seines Inhaltes durch Zeugen und Vermuthungen zu beweisen [10]).

2) Ein weit einfacheres und das natürlichste Mittel, um zu dem nämlichen Ziele zu gelangen, besteht in der Befugniß aller Gerichte der I. und II. Instanz, das persönliche Erscheinen der Parteien in den öffentlichen Zimmern, oder selbst noch in der geheimen Rathskammer zu verordnen, und dieselben hier zu Aufklärungen aufzufordern, welche sie nicht verweigern können, ohne sich den Folgen des Ungehorsames auszusetzen. Art. 119 u. 428

10) Auch Carré Qu. 1262 a. E. bemerkt, daß dieses nach den Umständen des Falles angehe. Nach seinen Bemerkungen zu Qu. 1224 kann ein solches Parteiverhör auch gegen den Vormund, sowie gegen den Ehemann, der die Illaten seiner Frau vertritt, verordnet werden. — Pigeau II, 2 Tit. 2 Ch. 1 gibt übrigens den Rath, wenn Jemand, der seine Gegenpartei verhören lassen will, eine von derselben herrührende schriftliche Bescheinigung über seine Behauptung in Händen habe, so thue er am besten, dieselbe zurückzuhalten, ... weil, wenn der Andere dann antworte, daß er weder mit dem Kläger correspondirt, noch von ihm Geld verlangt habe, diese Lüge, durch seinen Brief auf der Stelle nachgewiesen, gegen ihn eine Probe seines bösen Glaubens feststelle, welche nach der Lage der Umstände schon für sich seine Verurtheilung bewirken könne.

C. Pr. (Anh. I. Nr. 97—100.)[11]. Der letzte dieser Artikel, obwohl blos für Handelsgerichte gegeben, ertheilt auch die Befugniß, anstatt des persönlichen Erscheinens einen Richter abzuordnen, um eine Partei bei sich zu Hause zu vernehmen. Uebrigens ist dieses Recht der Gerichte nur subsidiarisch und rein facultativ; es verhält sich zu dem umständlichen Parteiverhöre beiläufig ebenso, wie der Erfüllungs- und Reinigungseid zu dem zugeschobenen Haupteide. Nach dem älteren Rechte stund eine solche Amtsbefugniß nur den Handelsgerichten, nicht einmal den Parlamenten zu[12]). Dabei versteht sich wohl von selbst, daß die Gerichte von diesem Rechte der persönlichen Erkundigung nur mit jener Bescheidenheit Gebrauch machen, welche auch die bayer. GO. K. X. §. 15 Nr. 7 für die Interrogatorien empfiehlt, so die Justizdikasterien den Parteien selbst zur Beantwortung vorlegen lassen dürfen[13]).

3) Die eigentliche Materie des Eides findet sich, gleich den übrigen Mitteln, die Verbindlichkeiten zu erproben, in den Art. 1357—1369 des Civil-Gesetzbuches behandelt; die Art. 120 und 121 der Pr.-O. beschäftigen sich nur mit der Art seiner Ab-

---

11) Die persönliche Einvernahme eines Hauptbetheiligten wird übrigens auch noch ganz regelmäßig als das bewährteste Mittel benützt, um bei Anträgen, Jemand wegen Irrsinnes unter Curatel zu stellen, vorerst dessen Geisteszustand zu constatiren. (G. d. T. v. 16. Juni 1857.)

12) Vgl. Boitard T. I. Nr. 268. Hierüber bemerkt noch Boncenne T. II. Nr. 283: „In Frankreich war früher die Befugniß, das persönliche Erscheinen zu verordnen, nur den Handelsgerichten ertheilt. In den gewöhnlichen Sachen wurde die Vorladung der Theile in Person als ein Eingriff in die Anstalt und die Vorrechte der Mandatarii ad lites betrachtet."

13) Boncenne bemerkt hierüber T. I. Nr. 97: „Das persönliche Erscheinen der Theile ist ganz unwidersprechlich das einfachste und wirksamste, zu gleicher Zeit auch das kürzeste und wohlfeilste Mittel, welches ein Gericht anwenden kann, um einiges Licht in den oft verfinsterten Hader über die Thatsachen fallen zu lassen. Wie oft sah man nicht schon vor dieser Probe eine zu eilfertig gebildete günstige Auffassung zusammensinken, welche die Kunst oder die Intrigue für die schlechteste Sache zu entlocken wußten! Und dennoch wird nur selten davon Gebrauch gemacht. Die Ursache hievon liegt in den alten Gewohnheiten und veralteten Traditionen, welche in dem gerichtlichen Verfahren noch immer die Kunst und ganze Wissenschaft vieler Leute von Fach bilden." Ebenso äußert sich Carré in gleichem Sinne Qu. 502, daß dem Richter auch frei stehe, das persönliche Erscheinen der einen oder der anderen Partei nach Gutbefinden zu verordnen, ja daß er sie sogar abgesondert vernehmen dürfe, und daß ebenso auch den Parteien frei stehe, unaufgefordert zu erscheinen und zu bitten, daß man sie mit ihren Aufklärungen höre.

leistung. Die ganze Lehre, offenbar aus dem römischen Rechte abstammend, hat mit der Stellung des Eides der Parteien im deutschen Prozesse die entschiedenste Verwandtschaft. Der gerichtlich behauptende Eid zerfällt in zwei Unterarten, in den Haupteid und in denjenigen, welchen wir den nothwendigen heißen, die französische Gerichtssprache aber als den von Amtswegen aufgetragenen bezeichnet, den Erfüllungs- und Reinigungseid nämlich. Der Streitentscheidungseid kann in jeder Lage eines Streites zugeschoben werden, selbst noch in zweiter Instanz; derjenige, dem er zugeschoben ist, kann ihn annehmen oder zurückschieben; auf beiden Seiten findet aber derselbe nur über eine persönliche Handlung desjenigen statt, der ihn schwören soll, d. i. über eine solche Thatsache, worüber er eigene und unmittelbare Wissenschaft haben muß. Seine Ableistung hat natürlich den Obsieg, seine Verweigerung das Unterliegen in denjenigen Punkten zur Folge, die der Eid betroffen hatte. Die Vertretung des Gewissens mit Beweis ist dagegen völlig unbekannt, ebenso der Calumnieneid. Der Erfüllungs- oder Reinigungseid mit Einschluß des Quantitätseides findet nur unter der Voraussetzung statt, daß weder ein vollständiger Beweis bereits vorliege, noch aller Beweis fehle; der Quantitätseid ist noch an die besondere Voraussetzung gebunden, daß den Gerichten alle übrigen Mittel, um die Gewißheit auszuschöpfen, abgehen; auch kann die beschworne Summe immer wieder ermäßiget werden. Das Urtheil, welches einen Eid verordnet, muß immer zugleich die Formel feststellen, in welcher derselbe geschworen werden soll; die Ableistung geschieht in der Regel in der öffentlichen Sitzung, nur aushilfsweise, wenn das Gericht solches verordnet, vor einem dazu abgeordneten Richter, aber im Beisein oder nach gehöriger Beiladung der Gegenpartei [14]). Der Glaubenseid, im Prinzipe völlig ausgeschlossen und auch in der Praxis unbekannt, ist ausnahmsweise nur in zwei Fällen zugelassen, 1) nach Art. 2275 C. N. bei der kurzen Verjährung von sechs Monaten bis zu zwei Jahren, welche gegen Gastwirthe, Lieferanten von Lebensmitteln, Aerzte, Apotheker, Kaufleute und Handwerksleute für ihre Rechnungen lauft, kann den Erben des ursprünglichen Schuldners, wenn sie jene Verjährung vorschützen, der Eid zugeschoben werden, daß sie wirklich keine Kenntniß von dem Fortbestehen der Schuld haben, sondern dieselbe für getilgt halten;

14) Ist eine Partei in der Sitzung, wo sie den Eid leisten konnte, ungehorsam ausgeblieben, so findet gegen den sie darauf hin verurtheilenden Bescheid keine Opposition statt. (G. d. T. v. 16. Okt. 1858.)

2) der Art. 189 C. Com. läßt denselben für die Wittwe und die Erben der Handelsleute zu, welche die fünfjährige Verjährung aller aus einem Wechsel herrührenden Verpflichtungen vorschützen. Auch ist in zwei anderen Fällen die Feierlichkeit des Eides erlassen, und sich mit einer einfachen Betheuerung unter dem Namen der Affirmation begnügt, nicht unähnlich unserem Handgelübde. Nach Art. 534 C. Pr. muß der Rechnungssteller seine Rechnung in Person als richtig bekräftigen und nach Art. 571 ebendas. der Dritte, bei dem ein Arrest auf seine Schuld angelegt wird, in gleicher Weise betheuern, welche Werthssummen er noch für den Impetraten in Händen hat; eine strafrechtliche Folge für die Angabe der Unwahrheit in solchen Fällen ist in keinem jener Gesetze angedroht.

Die Jurisprudenz hat diesen gesetzlichen Vorschriften auf einigen Punkten eine nähere Entwicklung gegeben.

a) Die Zulassung eines Verhöres der Gegenpartei über articulirte Thatumstände bleibt immer dem billigen Ermessen der Gerichte überlassen[15]). Boncenne T. II. Nr. 286 bemerkt hierüber: „Die Zweckförderlichkeit der Bitte um ein Verhör der Gegenpartei, die Ursachen, welche es bisher aufschieben ließen, der gute oder böse Glaube desjenigen, welcher darauf anträgt, alle diese Betrachtungen sind der Umsicht und Klugheit der Richter überlassen, welche nach Maaßgabe der Umstände des Falles diese Ergänzung einer Instruktion verordnen oder zurückweisen können. Dieses ist der Sinn, welchen man mit den Worten des Gesetzes verbinden muß: „„ohne Aufenthalt für die Instruktion oder das Urtheil."" (Art. 324 C. Pr.) ... Wird die Bitte ganz und gar verworfen, so spricht das Urtheil nur aus, daß, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, weiter vorgeschritten werde" [16a]).

15) Nach Carré Qu. 502 ter haben in gleicher Weise die Richter eine billigmäßige Amtsgewalt, deren Gebrauch der Censur des Cassationshofes entrückt ist, das Verlangen eines persönlichen Erscheinens der Theile zuzulassen oder abzuschlagen.

16a) Nach Gaz. d. Trib. v. 8. April 1850 erkannte der Cass.-Hof: Ein Gericht, welches als Instruktionsmittel das persönliche Erscheinen der Theile verordnet hat, ist durch sein Urtheil nicht gebunden; bleibt die geladene Partei aus, oder läßt sie sich wegen irgend eines Hindernisses entschuldigen und die Vertagung auf eine andere Sitzung beantragen, so kann das Gericht diese Vertagung abschlagen, und sogleich in der Hauptsache sprechen, wenn ihm nach dem Stande der Sache das persönliche Erscheinen nicht mehr unerläßlich vorkömmt, um seine Ueberzeugung zu erleuchten. — Das Nämliche bemerkte auch schon Carré Qu. 1619.

b) Auch die Zulassung der Eideszuschiebung tritt unter die Herrschaft der billigmäßigen Amtsgewalt der Richter. Vgl. Boncenne T. I. Nr. 100. Der Cass.-Hof hat bereits im J. 1829 entschieden (Sirey, 29—1,366), daß selbst in den allgemeinen und nicht ausgenommenen Fällen das Civilgesetzbuch den Gerichten keine Verbindlichkeit auferlege, den Haupteid aufzutragen, welchen ein Theil dem anderen zugeschoben hat, und daß dieselben die freie Befugniß haben, denselben nach Beschaffenheit der Umstände zuzulassen oder zu verwerfen. Der Appellationshof in Bordeaux hat seitdem zwei Erkenntnisse nach diesem Grundsatze erlassen. (Sirey, 30—2,165.) Boncenne selbst am angeführten Orte erklärt sich indessen gegen diese Jurisprudenz, die er nur mittheilt[16b]).

c) Im Verfolge dieser facultativen Ermächtigung ist man ganz darüber einig, daß der Eid in Bezug auf Vergehungen nicht zugeschoben werden könne, aus denselben Gründen, aus welchen auch im deutschen Criminalprozesse das vormals übliche juramentum purgatorium verbannt ist[17]), weil es insbesondere unerlaubt sei und nicht angehe, von Jemand den Eid über seine eigene Schande zu verlangen[18]). Hiedurch verliert nebenbei die Frage alles Interesse, ob der freigesprochene Angeklagte für den Schadensersatz noch privatrechtlich weiter verfolgt werden könne, weil gewiß in allen Fällen außer dem Eide kein weiteres Beweismittel mehr übrig ist.

d) Die Eidesleistung durch Stellvertreter ist unstatthaft; einer Körperschaft kann daher auch kein Eid zugeschoben, sondern dieselbe nur angehalten werden, Ersatzmänner oder Fürsprecher zu benennen, welche für sie über artikulirte Thatumstände vernommen werden können. Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 349. Als den Hauptgrund führt dieser Schriftsteller hiefür an, weil man eine moralische oder

---

16b) Der Cass.-Hof hat erst noch den 1. März 1859 entschieden: Wenn gleich die Parteien die Initiative in der Zuschiebung des Haupteides haben, so ist dennoch der Richter nicht gebunden, denselben dem Gegner aufzutragen und abzunehmen, wenn er schon in anderen Verhältnissen des Falles die zu seiner Entscheidung zureichende Gewißheit findet. (G. d. Tr. v. 4. März 1859.)

17) Vgl. Schlink's Commentar, Bd. II. §. 333 Nr. 5 litt. d.

18) Carré bemerkt Qu. 1225: „Die Eideszuschiebung und das Parteiverhör sind verboten über jede unmoralische Handlung, welche von den Gesetzen als Verbrechen oder Vergehen bezeichnet ist, den Wucher etwa ausgenommen, welcher an sich kein wahres Delikt bildet.“

fingirte Persönlichkeit nicht in den Betracht stellen könne, als habe sie ein Gewissen [19]).

e) Die Praxis ist dagegen darüber getheilt, ob der Haupteid auch subsidiarisch zugeschoben werden könne, und ob derjenige, der einmal den Weg der gewöhnlichen Beweisführung durch andere Mittel betreten, sich den Zugriff auf jenes Compromiß nicht verschlossen habe, wodurch die ganze Streitfrage vertrauensvoll dem Gegner auf sein Gewissen gelegt wird. Die vorherrschende Meinung läßt die subsidiäre Delation mit Recht nicht zu, oder läßt sie höchstens für ein Verlangen gelten, dem Gegner, wenn der versuchte Beweis mißglücken sollte, zum wenigsten noch den Reinigungseid aufzutragen. Vergl. Schlink's Commentar Bd. II. §. 334 Nr. 10. (Anh. I. Nr. 84.)

f) Obwohl in den Gesetzen bei dem von Amtswegen aufgetragenen Eide kein besonderer Unterschied zwischen dem Kläger und dem Beklagten gemacht ist, so setzt dennoch die gewöhnliche Doktrin dem Haupteide nur den Erfüllungseid gegenüber, und ignorirt den Reinigungseid beinahe gänzlich. Für den Erfüllungseid macht sich aber nur desto mehr die selbstverständliche Regel geltend, daß derselbe unter die billigmäßige Amtsgewalt der Gerichte falle, mithin für diese ein formaler Zwang, in gewissen Fällen einer großen, aber zum Beweise nicht zureichenden Wahrscheinlichkeit seine Vermittlung zu Hilfe zu rufen, nirgends besteht. Bonnier a. a. O. Nr. 369.

g) Die Art, den Eid aufzuerlegen, schwebt bei den franz. Gerichten zwischen zweierlei Formen hin und her; bald wird derselbe durch einen Vorbescheid zugelassen, und das Endurtheil bis nach seiner Ableistung ausgesetzt, bald die letztere als eine bedingende Klausel in das sofort gefällte Endurtheil mit aufgenommen, wie solches nach der preuß. GO. und auch im bayer. Prioritätsurtheile geschieht. Diese letztere Form scheint in Frankreich die vorherrschende zu sein, wurde aber von dem k. Appell.-Gerichte in Zwei-

19) Carré Qu. 514 bemerkt hierüber gleichfalls, daß eine Gemeinde oder Körperschaft nicht zugelassen werden könne, durch Stellvertreter aus ihrer Mitte einen Eid zu leisten. Sein Herausgeber Chauveau fügt die treffende Bemerkung hinzu, er betrachte diese ganze Frage als müssig; denn es scheine ihm, der Eid könne logischer Weise nie einer Körperschaft, Gemeinde oder irgend einer öffentlichen Anstalt zugeschoben werden, weil diese kein Gewissen haben und keine Glaubenshandlung vornehmen können.

brücken bereits als ungesetzlich gemißbilliget. (Anh. I. Nr. 128 und 129.) [20a])

h) In den Wirkungen der Eidesleistung kömmt ein beachtenswerther Unterschied zwischen dem Haupt- und dem Erfüllungseide vor, der sich ganz an den Gedanken des fr. 31 de jurejur. anlehnt, im deutschen Prozesse aber in Vergessenheit gekommen ist [20b]). Wenn der Haupteid einmal abgeleistet ist, so begründet derselbe als juramentum litis decisorium eine nicht mehr widerlegbare Rechtsvermuthung — praesumtio juris et de jure — für die Wahrheit alles Dessen, was beschworen wurde, so daß das Widerspiel davon unter keinerlei Umständen mehr zum Beweise zugelassen wird; sollte selbst später eine strafrechtliche Verurtheilung wegen Meineides erfolgen, so kann die privatrechtliche Wirkung des Eidschwures nach den Prinzipien vom Vergleiche nicht mehr rückgängig gemacht werden. Ganz anders verhält sich aber die Sache bei dem Erfüllungs- und folgeweise auch bei dem Reinigungseide, welche der Richter von Amtswegen aufträgt. Beide sind blos Adminicula und Incidenteide für diejenige Instanz, welche sie auferlegte und abnahm, ohne Präjudiz für die höhere, und ohne Rechtskraft für den ganzen Stand des Streites. Wird von dem Kläger in erster Instanz der Erfüllungseid geschworen, und der Beklagte darauf hin verurtheilt, so kann der letztere in zweiter Instanz immer noch von der Klage entbunden werden, weil Nichts oder nicht genug vom Kläger bewiesen gewesen, oder weil der Beklagte erst jetzt im Interesse seines Gegenbeweises ganz neue und wichtige Urkunden vorlegte [21]). Aus

---

20a) Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 350; Schlink Bd. II. §. 335 Nr. 1. Auch Carré Qu. 505 erwähnt der so weit verbreiteten Praxis, bei Eidesauflagen das Endurtheil sogleich bedingnißweise beizufügen. Er setzt hinzu, Thomine, ohne diesen Gebrauch gerade zu mißbilligen, bemerke jedoch, es sei zweckmäßiger, den Eid vorher zu verlangen, ehe eine Verurtheilung erfolge, weil außerdem der Tod der Partei, welche schwören solle, Verwicklungen herbeiführen könne.

20b) Diese theilweise schon oben angeführte Stelle lautet vollständig so: Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum permitti Constitutionibus Principum, ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus est. Sed hae Constitutiones tunc videntur locum habere, *cum a judice quis absolutus fuerit:* solent enim saepe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit. *Quod si alias inter ipsos jurejurando tractatum sit negotium,* non conceditur eandem causam retractare.

21) Boncenne T. I. Nr. 101 bemerkt hierüber: „Der Haupteid ist ein unwiderruflicher Vergleich; der Erfüllungseid ist ein Urtheil ohne Rechtskraft,

gleichen Gründen kann später noch die Falschheit dessen bewiesen werden, was eine Partei mit einem der vorerwähnten Neben- oder Hilfseide beschworen hat[22]). Ja noch mehr, man sollte glauben, das Urtheil, welches einen Eid auferlegte, sei wenigstens unwiderruflich; allein dasselbe wird gleichfalls nur als ein avant faire droit behandelt. Nach einem Erkenntnisse des Cass.-Hofes vom 10. Dez. 1823 (Sirey, 24—1,141) kann der Richter, der einen Erfüllungseid auferlegt hatte, denselben wieder zurücknehmen, wenn er sich von der Unwahrheit des zu beschwörenden Umstandes mittlerweilen auf andere Art überzeugt hat[23]). Man sieht hieraus, daß jene Eide einer tiefer stehenden Ordnung blos für Instruktionsbehelfe gelten.

Es wäre indessen ein großer Irrthum, nach dieser Ueberschau der Quellen und dem Stande der Doktrin über den Eid im franz. Rechte zu glauben, dieser müsse dort als Beweismittel im gerichtlichen Verfahren so ziemlich dieselbe Haltung einnehmen, wie im deutschen Prozesse, und sich nur durch einzelne Besonderheiten von der weitverbreiteten Herrschaft unterscheiden, die er sich in den deutschen Gerichten zu usurpiren wußte. Der wahre Zustand der Dinge besteht vielmehr darin, daß der Eid der Parteien, der Entscheidungs- wie der Erfüllungs- oder Reinigungseid im französischen Prozesse beinahe unbekannt, so gut wie verschwunden und von der Scene abgetreten ist, daß er halb zu den Rechtsantiquitäten zu zählen ist, und der Rückgriff auf seine Vermittlung zu den seltensten Erscheinungen gehört, ja noch mehr, daß die Gesetzgebung ihn auch für

---

von dem man (wenn er nämlich auch geschworen ist), noch appelliren kann. Ich kann die Falschheit des Eides beweisen, welchen der Richter meinem Gegner aufgetragen hat; denn nicht ich bin es, der die Sache auf dessen Glaubwürdigkeit ankommen ließ. Aber ich kann denjenigen nicht später des Meineides anklagen, den ich ganz freiwillig als Richter über unsere Sache aufgestellt habe, weil ich mich einmal dazu entschlossen habe, in der Voraussetzung, daß er seinen Eid leistet, den Prozeß zu verlieren." — Pigeau a. a. O. II, 2 Tit. III. Ch. 1 bemerkt über denselben Gegenstand, die erste Wirkung des Streitsentscheidungseides bestehe darin, daß derjenige, der ihn zugeschoben hat, nicht später wieder die Falschheit des geleisteten Eides beweisen dürfe. — Auch Carré Qu. 521 spricht sich dafür aus, daß ein in der Vorinstanz bereits abgeschworner Erfüllungs- oder Reinigungseid durch die Appellation wieder angegriffen und als nicht wirksam beseitiget werden könne, obwohl mehrere Gerichtshöfe das Gegentheil annähmen.

22) Vgl. Bonnier a. a. O. Nr. 356 und 372; Schlink's Commentar §. 334 Nr. 4.

23) Vgl. Pailliet, Manuel du droit français, zu Art. 1351 C. Civ.

Civilsachen ganz unterdrücken könnte, ohne in den Hilfsmitteln der Urtheilsfällung nur irgend eine bedeutende Aenderung herbeizuführen oder eine fühlbare Lücke offen zu lassen. Der beste Beweis hiefür liegt in den sämmtlichen Rechtsfällen, welche der erste Anhang in seiner VI. und VII. Gruppe (Nr. 130—324) als Beispiele der Probe durch Vermuthungen und des Entschädigungsprozesses aufstellte; kaum einer derselben ist so gelagert, daß man im deutschen Prozesse zu seiner Erledigung nicht einen oder mehrere Erfüllungs- oder Reinigungs-, Haupt- oder Quantitätseide zu Hilfe gerufen hätte. Die Auflage von zwei, oder wohl gar von noch mehr Eiden in dem nämlichen Urtheile möchte gewiß einen unerhörten und noch nie vorgekommenen Fall in den Fasten der französischen Rechtsprechung bilden [24]). Die wahren Ursachen dieser so mächtigen Abweichung von den entsprechenden Erscheinungen des deutschen Rechtswesens bestehen nicht blos in der persönlichen Vernehmung der Parteien vor versammelten Gerichte und der Befugniß,

24) Boncenne T. II. Nr. 102 bemerkt hierüber: „Nach den alten Gerichtsgebräuchen war der Eid in einem so lebhaften Schwunge, daß es nicht selten vorkam, zu sehen, wie ihn die Richter beiden Parteien zugleich auftrugen, was nothwendig einen Meineid hervorrufen mußte. Hieraus entspann sich vor mehr als zweihundert Jahren die folgende Geschichte. Weil er sich einmal in dieses Doppelgeleise von Verkehrtheiten eingelassen, wußte sich ein gewisser Messire Houlyer, k. Rath und Assessor an der Justizkanzlei zu Melle (in der Bretagne), nachdem er in dem Prozesse eines Pfarrers gegen ein Ehepaar wegen eines geliehenen spanischen Goldstückes beide Theile hatte schwören lassen, nicht mehr anders zu helfen, als dadurch, „daß er das Urtheil des Prozesses der göttlichen Vorsehung überstellte." Er nahm von Amtswegen, wie er sagte, zwei Strohhälmchen zwischen die Finger der geschlossenen Hand, ließ jede Partei eines hervorziehen und sagte ihnen zum Voraus, diejenige, welche das längere ziehe. habe den Prozeß gewonnen. Das Urtheil wurde in diesem Sinne am 24. Sept, 1644 gefällt und sogleich vollzogen; die Beklagten blieben Sieger. Die Entscheidungsgründe sind sehr naiv abgefaßt, das Ganze ist bei Boncenne a. a. O. in einer Note abgedruckt. Als jenes Urtheil dem Parlamente zur Revision unterbreitet war, fand der Richter sehr warme Vertheidiger; man entschuldigte ihn damit, es sei gewiß die Handlung eines weisen und bescheidenen Mannes, nachdem zwei Eide geschworen, durch das Loos die Blindheit zu erleuchten, in welche ihn seine Unwissenheit geworfen habe. Das Urtheil wurde aber dennoch cassirt und Messire Houlyer selbst zur Bezahlung der spanischen Pistole verurtheilt. — Man darf wohl mit Recht fragen: Wäre ein solches Urtheil der Strohhälmchen, la sentence des buchettes, wie es seitdem sprüchwörtlich heißt, nicht in allen Fällen besser, als ein anderes, welches sich in der Aufschichtung von zwei oder drei, von einem halben oder einem ganzen Dutzend auferlegter Eide ergeht? (Vgl. Anh. II. Nr. 15, 18, 20, 24 und 34.)

welche sich die Richter beilegen, ihren Aussagen beinahe ebenso viel Glauben zu schenken, als wären solche beschworen, sondern vor Allem in den Zuflüssen jener universalen Evidenz über den Stand der Thatsachen, welche aller Noth und Versuchung von selbst überheben, in dem Bewußtsein der streitenden Theile und seiner eidlichen Offenbarung noch eine weitere Quelle der erleuchteten Erkenntniß zu suchen. Ein Richter, der sein Urtheil so begründet und begründen darf, wie solches die im I. Anhange enthaltenen Musterfälle ersehen lassen, wird nicht so leicht auf den Einfall kommen, einer Partei erst noch den Reinigungs- oder Erfüllungseid, oder nach Umständen beide zugleich aufzuerlegen; eine Partei, welche weiß, daß sie ein solches Urtheil zu erwarten hat, und welche überdies den Haupteid nicht aushilfsweise mehr zuschieben darf, oder deren Versuch, solches zu thun, für nicht mehr gilt als für ein schwaches in den Wind gehauchtes Verlangen des Reinigungseides, wird kaum mehr daran denken und einen reellen Nutzen davon erwarten, nach einem Hilfsmittel des Sieges zu greifen, welches den ganzen Gegenstand des Streites unwiederbringlich in die Hände ihres Gegners niederlegt, und dessen Ehrlichkeit mit seinem Schicksale betraut. Ein Richter, der sich gewandt und kräftig genug fühlt, so naturwüchsige Anschläge von Schadensersatz und verletztem Interesse zu arbitriren, wie solche der I. Anhang in einer großen Gruppe von mehr als hundert Fällen zusammengestellt hat, und der die Anhaltspunkte hiefür in seiner geläuterten Erfahrung schon bereit stehen findet, wie sollte der noch darauf verfallen, von einem Würdigungs- oder Quantitätseide nur einen Funken Licht für die Befestigung seiner Einsicht erborgen zu wollen? Das ehrliche Wort des ehrlichen Mannes, wenn gleich kein juristisches Beweismittel und keine materielle Probe, gilt in seinen Augen ebenso viel, wie jeder Erfüllungs- und Reinigungseid. (Anh. I. Nr. 266.) Das ganze Geheimniß, warum die Eidschwüre aus der französischen Rechtsprechung verschwunden sind, beruht in der Einsicht der Richter, daß ein ziemlicher Grad objektiver Wahrscheinlichkeit immer noch weit mehr Vertrauen erwecke, als eine subjektive, wenn gleich feierliche Betheuerung der Partei, wie sich ihre Vorgabe wirklich verhalte[25]).

Dazu kömmt noch, daß die beiden nothwendigen oder von

25) In Rheinpreußen und der bayer. Pfalz scheint der Gebrauch des Eides als Beweismittel noch gangbarer zu sein. Für Frankreich dagegen ist wenigstens soviel gewiß, daß in den letzten fünfzehn Jahrgängen der Gazette des Tribunaux, welche doch jährlich ein- bis zweitausend der interessantesten Civilrechts-

Amtswegen auferlegten Eide, welche im deutschen Prozesse die allergewöhnlichste Rolle spielen, in Frankreich schon vor der Revolution in eine Art von Mißcredit verfallen waren, von der sie sich nie wieder erholen konnten [26]). Der Reinigungseid war nur noch als der Eid desjenigen in Uebung, den die Gegenpartei über articulirte Thatumstände vernehmen ließ, wie ihn selbst die bayer. GO. K. XIII. §. 6 Nr. 6 als ein juram. dandorum et respondendorum noch im Vorübergehen berührt hat, um ihn für immer abzuschaffen. Was den Erfüllungseid betrifft, so bemerkte Pothier, obwohl noch ein treuer Anhänger der festen Beweistheorie und ein Gegner der Lehre, man dürfe einem Zeugen allein Glauben schenken, in seiner Abhandlung von dem Rechte der Verbindlichkeiten Nr. 925, seit mehr als 40 Jahren, die er als Rath im Parlamente saß, habe er wohl unzählige Erfüllungseide auferlegen sehen, und selbst dazu mitgewirkt, aber nur zwei Fälle wahrgenommen, in denen die treffende Partei, von den Regungen ihres Gewissens abgehalten, verweigert habe, eidlich auf dem zu beharren, was sie vorher einmal behauptet hatte. (Bonnier a. a. O. Nr. 368.) Nichts war also natürlicher und mußte mehr von selbst entgegenkommen, als daß die neue Gesetzgebung den Eid der Parteien in den Grundzügen, wie sie ihn überliefert erhielt, der Form nach zwar beibehielt und in sich einverleibte, die Praxis dagegen, von der ganzen Unzulänglichkeit eines so veralteten Nothbehelfes durchdrungen, denselben mit dem Augenblicke der Vergessenheit übergab, wo ihr mit der Ungebundenheit des Zeugenbeweises und dem Eintritte in die Geltung der freien Evidenz ganz andere Mittel eröffnet waren, sich die volle Ueberzeugung über die Wahrheit der Thatsachen im Prozesse zu verschaffen. Auch lag hierin nur eine Consequenz der Grundsätze des ganzen Systems der Pr.-O. Ein Richter, der nicht gebunden

fälle mittheilt, kaum zehn oder zwölf vorkamen, in denen auf einen Eid erkannt worden, oder ein solcher nur in Anregung gekommen wäre.

26) Der beste Ausdruck der französischen Rechtsansicht vom Beweismittel des Eides findet sich bei Boncenne T. I. Nr. 99, der hierüber bemerkt: „Die Barbarei der alten Zeiten, die Gewohnheit in den nachfolgenden Zeitaltern, die einreißende Gleichgültigkeit in Sachen der Religion, der Sittenverfall, die Verdorbenheit der Lehren und die leichten Erfolge der Heuchelei haben im Allgemeinen den Eid seines Glaubens, der Schrecknisse, die er einflößen, und der Bürgschaften, die er gewähren sollte, entkleidet. Dieses war so ziemlich derselbe Fall an allen Orten und zu allen Zeiten; auch in Rom sagte man: Cum faciles sint nonnulli hominum ad jurandum contemptu religionis.“ fr. 8 pr. de condit. inst. (28, 7.)

ist, dem eidlich vernommenen Zeugen nur etwas zu glauben, wenn er dessen Angaben verdächtig findet, ein Richter, der die abgeläugnete Urkunde blos auf ihren Anblick hin für ächt oder auch für falsch erklären darf, ein Richter, dem es frei steht, das Gutachten der Sachverständigen unbeachtet zu lassen, sobald sich seine pflichtmäßige Ueberzeugung dagegen widersetzt, was sollte für einen so unabhängig gestellten Richter noch einen Bestimmungsgrund bilden, auf dasjenige, was einer von zwei streitenden Theilen mit seinem Eide betheuert, und wovon der andere, hätte man ihn zugelassen, gewiß ebenso das Widerspiel beschworen hätte, noch einen besonderen Werth zu legen, oder den Ausgang der ganzen Sache davon abhängig zu machen[27])?

Kehren wir nun hier vor dem Schlusse nochmals auf einen Augenblick zum deutschen Prozesse zurück. Um aus dem Netze von Verwicklungen herauszukommen, dessen Fäden auf seinem Boden zum großen Theile an Vorurtheilen der Rechtsgelehrten hängen, wer zeigt uns einen Ausweg, wer vermag es, der Gesetzgebung einen soliden Viadukt zu erbauen, um darüber hinweg zu setzen? Folgende Andeutungen mögen hierüber dem Nachdenken vielleicht einige nicht unwillkommene Fingerzeige geben.

1) Die erste und am weitesten greifende Neuerung, die sich hier anregen läßt, ist zwar nicht wesentlich, aber dennoch in hohem Grade der reifen Erwägung zu empfehlen. Sie wendet sich nämlich der ernsten Frage zu, ob denn überhaupt der Eidschwur in seiner religiösen Form als eine Anrufung des göttlichen Namens noch erforderlich, ob seine Einmischung im gerichtlichen Verfahren nicht ganz entbehrlich, oder durch ein feierliches Gelübde zu ersetzen sei. Die Rechtspflege erläßt seit langer Zeit dem Wiedertäufer die Ab-

27) Unter den englischen Rechtsgelehrten findet sich theilweise noch ein starker Glaube an die Tüchtigkeit des Eides als Beweismittel verbreitet, worüber zu vergleichen ist Best's engl. Beweisrecht §§. 49—51. Dennoch ist am Schlusse des letzten dieser §§. die Bemerkung beigefügt: „Ein großer Mißbrauch der Eide besteht in ihrem häufigen Vorkommen. Bis in die jüngste Zeit zog sich ein System von Schwüren in Masse durch das ganze Verwaltungsgebiet von England. Ein Pfund Thee konnte nicht auf gehörigem Wege vom Schiffe zu den Kunden kommen, ohne wenigstens ein halbes Dutzend Eide zu kosten, und Nichts war gewöhnlicher, als daß Leute vor die Friedensrichter kamen, und bei den unbedeutendsten Veranlassungen freiwillige Eide (Affidavit genannt) ableisteten. Die letzteren wurden aber (im J. 1834) ganz verboten, und durch neuere Statuten sind Deklarationen vielfach an die Stelle der Eide getreten."

leistung des Eides, weil dieser Akt seinem religiösen Bewußtsein widerstrebt, nicht aber aus dem Grunde, weil derselbe etwa weniger überzeugt sei, durch die Lüge die schwersten Strafen des Himmels zu verwirken, und sie begnügt sich dafür von seiner Seite mit den zwei Worten: „ich gelobe," denen sie den nämlichen Glauben beilegt, wie dem feierlichen Eide der Juden, im Sterbekleide mit allen Flüchen Jehova's in der Synagoge geschworen; warum sollte dieselbe Einfalt der Sitten und der Betheuerung nicht auf alle Christen oder Nichtchristen ohne Unterschied ihres Glaubensbekenntnisses zu erstrecken sein? Der Eindruck des religiösen wie des sittlichen Antriebes würde ganz derselbe bleiben; der äußere und prozessuale Schwerpunkt des Eides in seiner Anwendung durch die Rechtspflege ruht aber immer in der Strafe des Meineides; wo diese mit ihrer fortwährenden Bedrohung im Hintergrunde steht, da wird auch jede Betheuerung dieselbe Wirkung thun, die sich nur immer von dem feierlichsten Eide erwarten läßt. Für Punkte von minderem Belange, wie die Abläugnung einer Urkunde oder des Besitzes einer solchen, könnte die einfache Betheuerung auf Ehre und Gewissen, welche der Art. 194 des bayer. Str.-Pr.-Ges. von 1848 den Geschwornen in den Mund legt, schriftlich oder mündlich abgegeben, selbst wieder an die Seite des feierlichen Gelübdes treten, gleichwie auch schon in dem bisherigen Rechte das Handgelübde als eine verminderte Solennitätsform des körperlichen Eides in der GO. K. IX. §. 3 Nr. 7 und K. X. §. 14 Nr. 4 eine Aufnahme gefunden hat [28]).

2) Zwei andere Punkte würden, gleichwie schon dermalen im französischen, so auch bald im deutschen Prozesse von selbst die Wirkung thun, den assertorischen Eid der Parteien im Civilprozesse zu einer Seltenheit zu machen und beinahe ganz zu verdrängen.

a) Wenn gleich den Parteien nicht das förmliche Recht eröffnet werden soll, ihre Gegner gleich einem Zeugen über Artikel verhören und ausfragen zu lassen, so müßten dennoch zwei alte seit hundert

---

28) Im englischen Prozesse finden wir die Form einer solchen Betheuerung unter dem schon oben erwähnten Namen des Affidavit vollständig ausgebildet. So hieß nämlich eine schriftliche Darstellung thatsächlicher Verhältnisse, welche derjenige, von dem sie ausgeht, vor einem dazu ermächtigten Richter durch seinen Eid bekräftiget hat. Vgl. Rüttimann's engl. Civilprozeß, §. 134. Nach deutschen Begriffen würde das Affidavit am besten als eine freiwillig anticipirte Eidesleistung zu ewiger Gedächtniß oder zur Begründung gewisser Anträge vor einem dazu ständig committirten Friedensrichter zu bezeichnen sein. Vergl. übrigens die vorige Note.

Jahren in der GO. wurzelnde Befugnisse der richterlichen Amtsgewalt wieder belebt und durch eine Auffrischung jedem Richter zugänglich gemacht werden, die Ermächtigung des K. VII. §. 6 nämlich, das persönliche Erscheinen der Parteien mit oder ohne Anwalt nöthig zu finden und demgemäß zu verordnen, sowie die weitere des K. X. §. 15 Nr. 7, den Parteien selbst nach Gestalt und Erforderniß der Sache zu Erforschung der gründlichen Wahrheit, vor und nach dem Beschlusse der Sache, also selbst noch im Berathungszimmer und in der höheren Instanz von Amtswegen Fragstücke zu stellen und aus deren Nichtbeantwortung oder dem verweigerten Erscheinen jede Folge des Ungehorsames zu ziehen. Dieses Recht auf Dikasterien oder Collegialgerichte zu beschränken, ist um so weniger ein Grund mehr vorhanden, als das Verfahren in den allerkleinsten Streithändeln schon dermalen ein mündliches Verhör heißt, und also darauf berechnet erscheint, den Sachverhalt durch eine Abfragung der Parteien festzustellen. Wenn jedes Gericht nach Gutbefinden Erfüllungs- und Reinigungseide auferlegt, welche auf nichts anderes als eine eidliche Fragestellung hinauslaufen, warum sollte ihm nicht auch das geringere Recht, die Parteien unbeeidiget auszufragen, ebenso zustehen?

b) Ueberdies wäre, wie schon so oft bemerkt, die Würdigung des Beweises durch Zeugen und Vermuthungen dem freien richterlichen Ermessen zu überlassen, und ebenso die des Gewichtes, welches den Gutachten der Sachverständigen, allen Nebenbehelfen und dem zusammengesetzten Beweise oder der Abwägung von Beweis- und Gegenbeweis zukömmt, auch an letzter Stelle den Gerichten selbst offen zu lassen, die Ergänzung der Beweise von Amtswegen zu erheben. Das Fallen der formalen Wahrheit und der strengen Verhandlungsmaxime im Prozesse mit ihren unseligen Folgen würde gewiß wie mit einem Zauberschlage in der kürzesten Zeit die Wirkung thun, den bisherigen Glauben an das Erforderniß und die Unentbehrlichkeit der Eide mit in seinen Sturz hineinzuziehen.

3) Gegen jede freiwillige Vereinbarung der Theile, den Ausgang des Streites von dem Eide des Einen oder des Anderen von ihnen abhängig zu machen, wäre natürlich von keiner Seite etwas zu erinnern, so wenig als gegen jeden Vergleich; wenn aber die Zuschiebung des Haupteides nach der Natur der Sache wie nach positiven Gesetzen eine Art des Vergleiches ist, — si speciem transactionis continet, wie Paulus sagt, so sollte man auch nie vergessen, daß ein Vergleich nicht erzwungen werden kann. Ein

Zwang zur Annahme oder Zurückschiebung sollte daher nie stattfinden, womit das ganze Institut des Haupt- oder Entscheidungseides in sich zusammenfiele. Wenn der Beklagte nicht schuldig ist, dem Kläger seine eigenen Urkunden herauszugeben, außer insoferne der Richter solches billig findet, das heißt, wenn er selbst ihrer zu seiner Einsicht bedarf, so sollte er ihn ebensowenig nöthigen können, die Geheimnisse seines Bewußtseins vor ihm auszuschütten, und ein Gleiches auch in dem umgekehrten Verhältnisse dem Kläger zu statten kommen, wo es sich um Einreden handelt. Eine noch größere Anomalie und Spielart des Verfahrens ist die sog. Vertretung des Gewissens mit Beweis, wobei, anstatt daß der Eid das allerletzte Mittel sein sollte, die Wahrheit zu erforschen, er selbst wieder durch voranliegende Beweismittel subrogirt und gelegenheitlich die ganze Beweislast umgedreht werden kann[29]).

4) Die einzig natürliche und rationelle Form, in welcher der Eid, oder das an seine Stelle tretende feierliche Gelübde im Prozesse noch von einigem Nutzen sein und für seltene Fälle zur Aufrechthaltung anempfohlen werden könnte, ist in den schon wiederholt angeführten Worten des fr. 31 de jurejur. (12, 2) bezeichnet: solent enim saepe judices *in dubiis causis, exacto juramento*, secundum eum judicare, qui juraverit. Der Eid muß gänzlich dem billigen Ermessen der Richter anheimgegeben bleiben, als ein letztes Auskunftsmittel, ihre gewissenhafte Ueberzeugung zu befestigen und nähere Aufklärungen einzuziehen, die sie nöthig und auf diesem Wege auch glaubwürdig finden, um ihre Zweifel zu zerstreuen, unabhängig von dem Anerbieten der einen, unzugänglich dem Verlangen der anderen Partei, wie wir den Erfüllungs- und Reinigungseid auch wirklich bereits im gemeinen Prozesse gestellt finden. In dem ersteren könnte dann der Quantitäts-, in dem zweiten der Haupt- und Manifestationseid völlig aufgehen; den Ge-

29) Das englische gemeine Recht — common law — verbietet, Jemanden in eigener Sache (versteht sich, wider Willen) einen Eid abzunehmen, weil es keine Versuchung zum Meineide gestatten will. Wer sich daher der Eideszuschiebung an seinen Gegner bedienen will, muß sich an einen der Billigkeitshöfe — courts of equity — wenden; in diesen wird der Beklagte genöthiget, über die dem Streite zu Grunde liegenden Thatsachen Eröffnungen zu machen und deren Wahrheit zu beschwören. Auch in den Billigkeitshöfen sind indessen der Verbindlichkeit zur eidlichen Manifestation gewisse Schranken gesetzt. Namentlich darf Niemand zu einer Erklärung genöthiget werden, durch welche er ein Verbrechen eingestehen oder eine Strafe sich zuziehen oder seinen Besitztitel blosstellen würde. Woodessan bei Rüttimann a. a. O. S. 239.

richten bliebe unbenommen, den Reinigungseid auch in solchen Fällen abzuverlangen, wo noch gar kein Beweis in Mitte liegt und also bisher das eigentliche Feld des Haupteides eröffnet war, wozu sich dieselben schon von selbst nur alsdann entschließen werden, wenn sie aus allen Umständen einen billigen Verdacht, den Hinterhalt einer grundlosen Verläugnung wahrnehmen. Der Haupteid würde in solcher Weise schon vermöge einer Rechtsvermuthung über jedes streitige Faktum aus dem Bereiche der persönlichen Kenntniß des Gegners für zugeschoben gelten, was um so unbedenklicher anginge, als die eventuelle Eideszuschiebung ohnedies schon dermalen in keinem Beweisantritte mehr vermißt wird[30]). Alle Noven-, Buch-, Editions- und ähnliche Eide würden sich als variae sacramentorum figurae von selbst in jener allgemeinen Form verlieren, der Würdigungseid, als ein Mittel für den Behauptenden, durch seinen Eid allein einen Thatumstand vollständig zu beweisen, aber nur auf diejenigen Fälle zu beschränken sein, wo ihn die Gesetze ausdrücklich zuließen. Einem sehr oft fühlbaren Bedürfnisse würde es noch abhelfen und nur als einfache Folge aus jener Auffassung des Eides sich von selbst ergeben, wenn jedes Obergericht, insoweit es sich überhaupt mit einem gewissen Streitpunkte befaßt findet, auch berufen würde, die Formel des darein eingeflochtenen Eides von Amtswegen einer Revision und Berichtigung zu unterwerfen. Vgl. Cap. 26 X. de jurejur. und Bl. f. RA. Bd. VIII. S. 139 Note 1; Bd. XXIV. S. 156.

5) Alle bisherigen Mißbräuche und Ausartungen des Eides, wodurch derselbe seine Bestimmung verließe oder sie nicht mehr zu erfüllen vermöchte, wären ohne alle Nachsicht abzuschneiden. Kein Eid der Betheiligten mehr über Meinen und Glauben, keiner über Umstände, die in eine nicht mehr zugängliche Vergangenheit versunken sind oder erst einer neuen Erkundigung des Schwörenden Preis gegeben wären, kein Eid über Rechtsbegriffe oder verworrene Dinge, die über seinem natürlichen Gesichtskreise liegen, keiner über gegenwärtige Zustände oder noch fortwährende Dinge, die jeden Augenblick zu beschauen oder auf andere Art zu erheben sind, keiner über Verbrechen oder Vergehen, Ehebruch oder Unzucht, von denen eine Strafe oder doch eine Verdächtigung der Ehre, eine Ver-

30) Vgl. Cap. 36 X. de jurejur. (2, 24): ... praesumtione vero faciente pro illo (actore), reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam juramentum; nisi judex, inspectis personarum et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum.

minderung der Achtung einer Person zu befürchten ist, kein Eid über Vorsätze, An- und Absichten als ein so subtiles und in sich zerfließendes Element, daß hievon eine verlässige Aufklärung des richterlichen Urtheiles nie mehr zu erwarten, der Beweis eines Meineides ohnedies unmöglich ist. Kein Eid durch Stellvertreter oder Ausschüsse; wenn diese nach dem Wortlaute der bayer. GO. den Eid in die Seele ihrer Prinzipale zu schwören haben, so ist von selbst klar, daß ein Eid für Personen nicht möglich ist, die keine Seele und kein Gewissen haben, die auch nebenbei aller Strafe des Meineides entrückt sind. Dabei bliebe ja immer möglich, diejenigen Personen, die seither dergleichen Eide leisteten, über ihr Wissen um die Sache als Auskunftspersonen, selbst auf einfache Betheuerung oder bei Handgelübde zu vernehmen. Kein Eid dürfte mehr für abgeleistet gelten von dem christlich Verstorbenen; denn die Fiktion, daß er auf dem Todesbette an seine Prozesse gedacht, ist zu gewagt und unnatürlich, um ihr eine so wichtige Folge beizulegen. Konnte er den Eid nicht mehr leisten, so ist dieses Beweismittel wohl ebenso verloren, wie bei einem Zeugen, der vor seiner Vernehmung mit Tod abging; dem Gerichte bliebe doch immer überlassen, seinen unbeschworenen Worten soviel Glauben zu schenken, als sie verdienen, ohne gerade hieran durch seinen Tod gebunden zu sein. Kein Calumnieneid mehr. Die in diesem Punkte bemerkten Einschränkungen allein würden gewiß zwei Drittheile unserer bisherigen Parteieneide aus dem Prozesse für immer verdrängen.

6) Als die prozessuale Form für die Auflage und Abnahme des Eides empfiehlt sich am besten nicht der bisher übliche Vorbescheid, sondern weil denn doch nach bekannter Erfahrung auf die Ableistung immer mit vieler Sicherheit zu zählen ist, die einer bedingenden Klausel in dem Endurtheile, wie wir solche in der preuß. GO. ganz allgemein, und in der bayer. K. XIX. §. 12 Nr. 2 nur für den Concurs der Gläubiger eingeführt finden, wie sie auch im franz. Prozesse die vorherrschend übliche ist, und von C. 11 de sent. et interloc. (7, 45) ausdrücklich bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschrieben wird. Cum judex in definitiva sententia jusjurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet; hujusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est. Das Endurtheil, in dieser Weise gefaßt, könnte sich einen Ausspruch über die zweite Alternative, wenn der Eid etwa verweigert würde, füglich ersparen. Sollte dieser seltene Fall sich wirklich einmal er-

eignen, so dürfte nur bestimmt sein, daß dasselbe von Rechtswegen wieder außer Wirkung trete, und daß ein neuer Bescheid die Folgen jener unerwarteten Weigerung auszusprechen habe.

Diese flüchtigen Umrisse werden genügen, um zu zeigen, welcher tief gehenden Verbesserungen eine neue Gesetzgebung in der hier fraglichen Richtung fähig wäre. Soviel scheint gewiß und läßt sich in keinem Falle mehr länger verläugnen, daß das Wesen deutscher Rechtsprechung durch das bedachtlose Herumschleudern mit frivolen Eiden sich in hohem Grade der Entwürdigung blos stelle. Wer über die Sache nur halb ernsthaft nachdenkt, dem muß einleuchten, welch' hohe Zeit es sei, die ganze Stellung und den leichtfertigen Gebrauch des Eides im Prozesse, vor Allem seine vielfältige Wiederkehr ohne Noth und Nutzen einer radikalen Reform zu unterwerfen.

Niemand kann die bisherigen Bemerkungen nur mit einigem Scheine von Grund der Gottlosigkeit oder der Hinneigung zum Materialismus beschuldigen; vielmehr läuft die ganze Tendenz, die darin vorwaltet, sichtbar nur darauf hinaus, die Heiligkeit des Eides zu achten und höher empor zu heben, aber nicht von ferne, seine verbindende Kraft in Zweifel zu ziehen, weder von dem rechtlichen, noch von dem religiösen Standpunkte aus. Man wird wohl ohne Gefahr der Verketzerung noch fragen dürfen, mit welchem Rechte wir uns vermessen, die Intervention überirdischer Mächte in unsere armseligen Welthändel herabzurufen, und einen Sterblichen zuzulassen, ja ihm selbst aufzugeben, daß er die Rache des Himmels auf sein Haupt herausfordere. Die Rechtspflege als eine rein menschliche Einrichtung sollte sich von den transscendenten Hilfsmitteln in weiser Entfernung halten. Auch kömmt am Ende die Religion hiebei nur noch entfernt und in den selteneren Fällen mit in Frage. Denn jener Gott, den die meisten unserer Parteien in ihren gerichtlichen Eidschwüren zum Zeugen der Wahrheit anrufen, ist nicht mehr der wahre, einzige und ewige Gott der Christen, auch nicht der Allvater, den unsere Voreltern unter ihren Eichbäumen verehrten; es ist nur einer der Götter des Olymp mit ihrer schönen Aufführung, es ist vor Allem jener Merkur, welcher kaum der Wiege entronnen, seinem Bruder Apollo eine ganze Heerde geweihter Rinder stahl, dieselben, um die Verfolgung irre zu leiten, bei dem Schweife in eine Grotte zog, und dann, vor dem Könige der Götter verklagt, mit Herzenslust den Reinigungseid schwor, daß er sie nicht fortgetrieben. Seine Bildsäule umstürzen, kann nur ein der Wahrheit und Gerechtigkeit erwiesener Dienst sein.

Zum Schlusse läßt sich hier noch eine Aeußerung anführen, mit welcher vor mehr als 60 Jahren ein französischer Cultusminister, der später einer der Verfasser des Civilgesetzbuches wurde, Graf Portalis der ältere das Wesen des Eides in seiner Beziehung zu unseren heutigen Sitten in treffender Weise zeichnete. Er sagte nämlich in einer Rede, die er vor dem Rathe der Alten, dem Vorläufer des jetzigen Senates hielt [31]): „Es wäre unseres Jahrhun„dertes würdiger gewesen, anzuerkennen, daß der Eid nur eine „schwache Probe für veredelte und gebildete Menschen zum Ergeb„nisse liefere, daß derselbe nur für Völker auf der Stufe ihrer „Rohheit nothwendig ist, denen Falschheit und Lüge weniger kosten, „als ein Meineid, daß aber diese feierliche Handlung für unsere „heutigen Sitten nur eine den Himmel verletzende Form seiner „Anrufung darbiete, nutzlos für die Gesellschaft, und beleidigend „für denjenigen, den man nöthiget, sich ihr zu unterwerfen."

Was läßt sich hierauf sagen?

Le vrai peut quelquefois n'être point de saison,
Et c'est un grand tort, que d'avoir trop raison.

De Rulhière, Epître sur les disputes.

Dreizehnter Abschnitt.

Die Entscheidungsgründe über den Sachverhalt.

Gleichsam auf der Nachlese findet sich noch ein Punkt vor, der es wohl verdient, besonders berührt zu werden, nämlich die Behandlung des Sachverhaltes in den Entscheidungsgründen der französischen Urtheile, welche denselben feststellen. Das einfache und natürliche Wesen der Ermittlung dessen, was die thatsächliche Grundlage der Entscheidung bildet, tritt auch in der Anlage und der ganzen Haltung der Gründe wieder hervor, welche bestimmt sind, das gefundene Ergebniß darzulegen und zu rechtfertigen. Diese Gründe zeichnen sich vor Allem dadurch aus, daß sie die wahre Aufgabe aller Entscheidungsgründe richtig erfassen

---

31) Vgl. Bonnier, traité des preuves, Nr. 368. Es handelte sich zwar damals nicht um den assertorischen Eid im Prozesse, wohl aber um einen das Interesse der Religion gleich nahe berührenden Gegenstand, um die Aufhebung der Folgen nämlich gegen die Priester, welche der Republik den Eid der Treue auf die Verfassung verweigert hatten, bekannt unter dem Namen der Constitution civile du clergé.

und glücklich lösen, die darin besteht, das Urtheil den Parteien selbst oder jedem Laien, der es sonst mit anhört oder zu lesen bekömmt, verständlich zu machen. Diesen Zweck erreichen aber dieselben einfach dadurch, daß nur die vorzüglichsten Beweisgründe darin aufgeführt und mit ihrer Folge zusammengestellt sind, worauf der Ausspruch über die Thatumstände des Prozesses im wesentlichen beruht, mit dem Inhalte der Beweismittel selbst dagegen, mit dem ganzen Material ihrer Erhebung und dem Gange der logischen Verrichtungen, welche dasselbe verarbeiten, der Leser oder Zuhörer verschont bleibt. In der That wäre auch ein Aufrollen dieser letzteren völlig nutzlos, sobald der Standpunkt der universalen und ungebundenen Evidenz diese ganze Operation beherrscht und die Richter mit ihrer gewissenhaften Ueberzeugung frei sind, dasjenige zu bestimmen, was sie als festgestellt annehmen oder als ungenügend dargethan zurückweisen oder auch durch das Uebergewicht der Gegengründe für bestimmt widerlegt halten. Nirgends findet sich darin ein mühsamer Auszug von Urkunden, sondern statt dessen nur zuweilen die schlagende Stelle eines Vertrages oder letzten Willens, welche die ganze Streitfrage beherrscht, ausgehoben, nirgends der Monsterschweif von Zeugenaussagen, welcher die deutschen Urtheile in Civilwie in Strafsachen gewöhnlich überladet und verunziert, nirgends ein Wiedergeben der Gutachten von Sachverständigen oder des Inhaltes der Vorakten; noch weniger wird natürlich aus den Verhandlungen und Rechtsausführungen das Wichtigere ausgehoben und eine kleinliche Vergleichung der Sätze und Redensarten angestellt, womit der eine Theil etwas behauptet und der andere es widersprochen hat. Ueberall wird statt dessen nur das gebundene Ergebniß mit seiner nächsten Quelle in gedrängter Kürze angeführt und bestimmt aufgestellt. Die gewöhnliche Eingangsformel der Entscheidungsgründe drängt sich ganz kurz in nachstehenden Fassungen zusammen: In der Erwägung, daß aus den Urkunden und Umständen des Falles hervorgeht, oder: daß sich aus der mündlichen Verhandlung und den persönlichen Aufklärungen der Theile die Gewißheit ergibt, oder: daß es eine ausgemachte Sache und von den Theilen nicht ernsthaft bestritten ist, oder: daß es für die Einsicht des Gerichtes als zuverlässig ermittelt ist, oder endlich: daß aus dem Zeugen- und Gegenzeugen-Verhöre oder aus der vorgelegten Correspondenz die vollständige Probe erhellet, daß dieses wahr, jenes unrichtig sei. Ist dagegen der Beweis mißglückt, so heißt es umgekehrt: Erwogen, daß der Kläger zwar behauptet, aber

nicht genügend erprobt hat, daß u. s. w. Ist der Fall gegeben, daß ein mittelbarer oder zusammengesetzter Beweis über irgend einen schwierigen Punkt aus den Umständen des Falles heranzubilden ist, wie namentlich, wenn es sich um eine Simulation oder verkleidete Schenkung, um die Nichtigkeit eines Testamentes wegen Irrsinnes zur Zeit seiner Errichtung oder wegen betrüglicher Verleitung, von dem Versehen oder der vorherrschenden Unachtsamkeit bei Vergehen und Beschädigungen handelt, so werden die einzelnen Vermuthungsgründe und Thatumstände, gleich den Indizien eines Strafurtheiles, der Reihe nach aufgezählt und sodann aus ihrem Inbegriffe und ihrer gegenseitigen Unterstützung die der Sache angemessenen Schlüsse gezogen, aber nirgends beigesetzt, wie und wodurch jeder einzelne aus ihrer Mitte ganz oder theilweise motivirt sei. Hierin zeichnet sich alsdann für die ganze Auffassung ein so richtiges und natürliches Bild, daß seine Ueberschau und sein klares Verständniß für Jedermann, auch den nicht gelehrten Beobachter zu einer leichten Sache wird. Wäre ein Umstand einer Partei zu beweisen obgelegen, der jedoch im Dunkeln blieb, so heißt es ganz einfach in den Gründen: Erwogen, daß der Beklagte es ist, den dieser Umstand als ein Stützpunkt seiner Einrede zu beweisen traf, daß er aber diesen Beweis nicht, oder nicht genügend zu liefern vermochte, ja nicht einmal versucht hat, oder auch: daß er ihn zwar angeboten, die von ihm hiefür artikulirten Thatumstände aber zum Theile unerheblich, zum Theile nicht zulässig oder schlußbündig oder durch die übrigen Anhaltspunkte des Falles bereits hinlänglich widerlegt sind. Nur in dieser Weise, aber nicht darüber hinausreichend versteht man die aus Art. 7 eines kais. Dekretes v. 20. April 1810 hergeleitete Verpflichtung, „dem Urtheile Entscheidungsgründe auch bezüglich der Thatfrage beizufügen.“ Vgl. Art. 326 des bayer. Strafpr.-Ges. v. 1848 [1]).

1) Der Cassationshof nimmt das Erforderniß der Entscheidungsgründe sehr strenge und cassirt Urtheile, die auch nur über einen Punkt nicht motivirt sind. Gleichwohl ist seine Rechtsprechung über das Genügen einer so kurzen Abfertigung des Sachverhaltes ganz entschieden und gleichförmig, wie sich durch eine Menge von Erkenntnissen nachweisen läßt. Nur drei der jüngeren sollen hier erwähnt werden. Am 2. Mai 1855 sprach derselbe durch Verwerfung eines Recurses aus: Ein Urtheil, welches die angebotene Probe von Umständen des ungestümen Anliegens oder der Erschleichung eines Testamentes mit der Bemerkung zurückweist, daß diese Umstände nicht erheblich seien, braucht keine andern Gründe zur Unterstützung dieses Ausspruches zu geben; das Gericht war nicht verbunden, die einzelnen Handlungen, worauf jene vorgebliche Verleitung sich

Die zahlreichen Beispiele des ersten Anhanges, vor Allem die üblichen Formeln der Constatirung für den Eingang der Entscheidungsgründe, welche dort in der ersten Gruppe (Nr. 1—4) zusammengestellt sind, werden von selbst die beste Einsicht in diesen Theil der Geschäftsbehandlung gewähren. Der zufällige Bau der Gründe, welche über eine lange Leiter von Erwägungen bis zum Urtheilssatze herabsteigen, wie solches im vorigen Jahrhunderte auch in Deutschland noch allgemein üblich war, tritt ihrem Verständnisse nicht hinderlich in den Weg, wie man sich an jedem einzelnen Falle überzeugen kann; es wäre leicht, denselben in eine Reihenfolge von Sätzen umzuwandeln, welche durch Nummern oder auf andere Art logisch verbunden dem Urtheile bescheiden nachfolgten. Das Wesentliche bei der Sache ist nur die Kürze und die Beschränkung auf den Beweisgrund als das wahre Medium der erlangten Ueberzeugung, wodurch der Zusammentrag und die Schaustellung des ganzen Materialaufwandes zu ihrer Unterbauung vermieden wird und das Zurückgehen bis zum ersten Keime eines jeden Samenkornes der Wahrheit beseitiget bleibt. Gleichwie der deutsche Prozeß bei Realklagen nur die Angabe des fundamentum agendi proximum erfordert, das remotum dagegen erläßt, beiläufig ebenso begnügt sich das französische Urtheil für den Sachverhalt mit der Bezeichnung der ratio decidendi proxima. Nirgends findet sich in diesen Gründen die bis zum Ueberdrusse unerquickliche und monotone Wiederkehr der festen Ueberzeugung, wie solche in unseren Strafurtheilen, gleichsam zum Unterschiede von der alten Zeit, das unvermeidliche Stichwort bildet und einem langen Aktenauszuge ohne vermittelnde Kritik seines Inhaltes den juristischen Stempel aufdrücken will, mittels dessen er als eine gesetzliche Basis des darauf gestützten Ausspruches soll gelten dürfen. Die Entscheidungs-

---

gründete, zu würdigen und besondere Entscheidungsgründe über ihren Werth und Einfluß zu geben, die im Einzelnen genommen gar nicht in Frage standen. (Gaz. d. Trib. v. 3. Mai 1855.) Desgleichen wurde unter'm 25. Febr. 1856 erkannt: Der Einwurf der Simulation, welcher einem Kaufe entgegengehalten wird, ist mit hinreichenden Gründen beseitiget, wenn das Urtheil sagt, er beruhe blos auf einfachen Vermuthungen, welche die Kraft einer öffentlichen Urkunde nicht zu überbieten vermöchten. Auch die Verwerfung des angebotenen Zeugenbeweises über einen gespielten Betrug ist durch den Zusatz hinlänglich motivirt, daß die articulirten Umstände nicht schlußbündig sind. (Gaz. d. Trib. v. 25. Febr. 1856.) Um eine Klage auf Schadensersatz abzuweisen, genügt es, in den Entscheidungsgründen nur anzuführen, Kläger habe nicht dargethan, daß er nur den geringsten Schaden erlitten habe. (G. Tr. v. 28. Febr. 59.)

gründe geben einfach nur eine Punktation des Ideenganges, aus welchem das Urtheil hervortrat, in welchen sich Jedermann leicht von selbst zu finden weiß; sie entfalten eine Reife des Gedankens und eine Eleganz im Ausdrucke, welche durch eine gefällige Darstellung oft mit dem trockenen Gegenstande des Streites versöhnt und auch dem nicht eingeweihten Leser durch die Klarheit ihres Inhaltes bis zu einem gewissen Grade seinen Beifall abnöthiget.

Die Ordnung dieser Entscheidungsgründe hält mit dem Gange der Beurtheilung gleichen Schritt, welche sie zu Tage fördert; an der Spitze steht meistens die Erörterung des Sachverhaltes, am Schlusse folgt derselben die Anwendung des Rechtes auf die festgestellten Thatsachen nach. Auch im Rechtspunkte, der hier nur im Vorübergehen berührt werden soll, zeichnen sich die Gründe des französischen Urtheiles durch Klarheit und bündige Kürze aus, welche sie um nichts minder zur Nachahmung empfehlen. Sie ritzen jeden Grund blos auf und überlassen seine nähere Entwicklung dem Scharfsinne und eigenen Nachdenken ihrer Leser, denen sie hiezu eine genügende Anregung geben; sie halten sich aber von der Anlage und dem Wesen einer Abhandlung beständig in würdiger Entfernung. Beinahe unter jedes Urtheil, besonders aber unter die der Gerichtshöfe könnte man treffend das schöne Wort setzen, das Voltaire seinem Lehrgedichte über die Natur des Menschen mit einflocht:

> Mais malheur à l'auteur, qui veut toujours instruire;
> Le secret d'ennuyer est celui de tout dire.

Vierzehnter Abschnitt.

Der französische Entschädigungsprozeß. Ersatz von Sachen, Schäden und Interessen.

> Sancimus itaque .... In aliis autem casibus, qui *incerti* esse videntur, Judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, *ut hoc, quod re vera inducitur damnum*, *hoc reddatur*, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus *in circuitus inextricabiles* redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, *pro sua impossibilitate* cadat.
>
> C. un. de sent. quae pro eo quod interest (7, 47).

Die lex Aquilia der Römer, die ganze Lehre der Vergehen, von der bürgerlichen Verantwortlichkeit und der Haftung für Schadensersatz drängt sich im franz. Civilgesetzbuche in fünf Artikel

zusammen; die Tragweite derselben ist unermeßlich. Es sind die Art. 1382—1386 des Code Nap., von denen die beiden ersten die Regel aufstellen:

Art. 1382. Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sein möge, die einem Anderen Schaden verursachet, verbindet denjenigen, durch dessen Verschulden sich dieser ereignet hat, ihn zu ersetzen.

Art. 1383. Jeder ist für den Schaden verantwortlich, den er durch seine Handlung, oder auch nur durch seine Nachlässigkeit oder seine Unvorsichtigkeit verursacht hat.

Die drei folgenden Artikel entwickeln diesen Grundsatz näher in Bezug auf die Haftung für den Schaden, welchen Personen zufügen, für die man einzustehen, oder Sachen, welche man in Gewahrsam hat, auf die Haftung der Hausväter, Geschäfts- und Dienstherrn, Handwerks- und Lehrmeister, der Eigenthümer von Thieren und baufälligen Gebäuden. Auf die einzelnen Theile des Rechtssystems, auf Dotalgut, Miethe, Depositum und Mandat wird der Grundsatz in einzelnen Artikeln, z. B. Art. 1428, 1732 ff., 1782 ff., 1952—54, 1992—2000 noch besonders angewendet und dabei in näheren Erörterungen entwickelt.

Diese Vorschriften stimmen in den Grundsätzen so ziemlich mit denen des deutschen gemeinen Rechtes überein; sie sind ganz in der Natur der Sache gelegen, eine raison écrite [1]); in der Anwendung besteht jedoch eine mächtige Kluft zwischen den französischen und deutschen Rechtszuständen auf diesem Gebiete. Zwei Dinge sind es, welche die französische Rechtspflege hiebei besonders auszeichnen, vor Allem die Leichtigkeit des Beweises, die schnelle und kühne Beweglichkeit der Rücksichten, nach denen die Schuld bemessen, der Schaden abgewogen und zu Geld angeschlagen wird, und dann als nächste Folge hievon das Bestehen einer vollkräftigen und tiefeinschneidenden Verantwortlichkeit, der wirksame Schutz, welcher dem Anspruche auf Ersatz des Schadens und des vollen Interesse gewährt ist und eine Haftbarkeit hiefür, von der man in Deutschland keine Vorstellung hat, und sich dieselbe zu machen, nur schwer im Stande sein wird.

Eines ist hiebei vor Allem ganz gewiß, man kann in dieser Beziehung sagen was man will, der französische Richterspruch auf

1) Zur Vergleichung können nachgesehen werden das bayer. LR. Th. I. Cap. 16; — preuß. LR. Th. I. Tit. 6; — österr. Ges.-B. §§. 1293—1343.

Schäden und Interessen — dommages-intérêts — ist ein Urtheil auf Gerathewohl, auf gut Glück, er gibt eine Schätzung überhaupt genommen, einen beiläufigen Anschlag des Schadens, und liefert eine höchst summarisch nur annäherungsweise ermittelte Vergütung, ein secundum aequum et bonum bestimmtes proportionirliches Adversionsquantum, wie solches die bayer. GO. K. XVII. §. 4 Nr. 5 bei den Prozeßkosten und Schäden berührt. Er kann aber auch in aller Welt vernünftiger Weise nichts Anderes sein, thun und leisten, soll nur eine halb erträgliche Lösung dieser mißlichen Aufgabe zum Vorscheine kommen; die sprechenden Zeugen hiefür sind die deutschen Urtheile, die sich unten im II. Anhange Nr. 13—36 über Ersatz- und Entschädigungsklagen zusammengestellt finden. Das französische Urtheil in diesem Belange ist jene Reductio ad arbitrium boni viri, deren die bayer. GO. K. XVI. §. 5 als Rechtsmittel gedenkt, eine Schöpfung jenes arbitrium, worauf uns das röm. Recht beinahe auf jedem Blatte hinverweist, und was nur der starre Formalismus unserer Schriftlichkeit und das thörichte Streben nach juristischer Genauigkeit bisher in das Reich des Veralteten und kaum mehr Bekannten verwiesen hat. Das franz. Urtheil auf Schadensersatz ist eine glückliche Improvisation der erlittenen Verluste und der Vortheile, die sich hätten erwarten lassen, ein billigmäßiger Ueberschlag der Hoffnungen, die vereitelt wurden, der annehmbare Werthmesser für Dinge, die nur dem Namen nach bekannt sind; — es ist eine Forschung im Unergründlichen, ein Lichtbild aus der Dämmerung, eine Schöpfung aus sich selbst, aus ungebundener Anschauung, ein Errathen des Verborgenen, die Vorhersehung des zu Nichts Gewordenen, der stellvertretende Vorschub des zunächst Kommenden für das unzugängliche Gewisse; — es ist die gewagte Ausprägung des zugefügten Unrechtes mit all' seinen verderblichen Folgen, mit all' seinen störsamen Nachwirkungen in einer scharf begränzten Form, in einem bleibenden Abdrucke, der dasselbe allein in den Bereich herabzieht, in dem es erfaßlich, und seine Ausgleichung als ein Gebot, als der höchste Zweck aller Gerechtigkeit erreichbar wird.

Der Inbegriff dessen, was Schaden und vollständiges Interesse ist, findet sich im franz. Civilgesetzbuche im Zusammenhange mit der Nichterfüllung der Verträge erörtert (Art. 1146—1155 C. Nap.); derselbe entspricht genau demjenigen, was wir im gemeinen Rechte unter damnum emergens und lucrum cessans verstehen, was das preuß. LR. I, 6 §. 7, und das österr. Civilgesetz-

buch §. 1323 als volle Genugthuung bezeichnen. Der Art. 1149 C. Nap. verordnet: „Die dem Gläubiger für den Vertragsbruch gebührenden Schäden und Interessen umfassen in der Regel den Verlust, den er erlitten, und den Gewinn, der ihm entgangen ist.“ Dieser Begriff ist beinahe wörtlich aus fr. 13 ratam rem hab. (46, 8) entnommen, wo es heißt: in tantum competit, in quantum mea interfuit; id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. Nun sind aber ganz offenbar bei dem Anschlage dieser vollen Genugthuung, wie sie jener Artikel im Auge führte, zwei Fälle zu unterscheiden: der Gegenstand des Ersatzes war nämlich entweder in der wirklichen Natur bereits vorhanden, zu einer positiven und körperlichen Existenz gelangt, er war einmal eine gegebene Größe, gleichviel, ob wieder verschwunden oder nicht; — oder sein ganzer Bestand beruhte nur in Folgerungen der menschlichen Vorstellungsweise, in gehegten Erwartungen, unsicheren Hoffnungen, noch nicht fest begränzten Eventualitäten und theilweise vielleicht täuschenden Aussichten. Ein Haus mit seiner ganzen Einrichtung, welches abbrannte, ein Schiff, welches mit Mann und Maus ohne mögliche Rettung in den Grund des Meeres versank, ein Koffer, ein sonstiges Gepäck- oder Frachtstück, welches gestohlen wurde, konnte am Tage vor seinem Verluste noch bei Heller und Pfennig geschätzt werden, der Eigenthümer könnte ziemlich genau angeben, wie hoch ihm die Sache zu stehen kam; kömmt der Koffer wieder bei, so kann sein Inhalt in ein Verzeichniß gebracht, sein Werth genau erhoben werden. Hier wäre also die Unsicherheit des Anschlages nur eine Folge des Fehlens der Gegenstände, an denen eine gründliche Untersuchung zum erwünschten Ziele führen müßte; der Beschädigte selbst könnte, abgesehen von dem Mißtrauen, welches seine Betheiligung einflößt, den Umfang seines Schadens genau anzugeben im Stande sein. Die Sache mit ihrem Werthe war einmal da, es fehlt nur an Kennzeichen, um den letzteren bemeßbar aus dem Untergange heraufzubeschwören, soweit nicht vielleicht Zeugen und der Eid des zum Ersatze Berechtigten eine nothdürftige Aushilfe zu leisten im Stande sind. Wie aber, wenn der Vater einer Familie erschlagen wird, der sie bis an seinen Tod erhalten und noch darüber hinaus für ihr Fortkommen gesorgt hätte, wer sagt aus, wie viel er verdient, wie viel er dazu verwendet, wie lange er noch gelebt hätte, und wie groß die Summe in Geld oder in Renten ist, deren Genuß und Verbrauch der Familie auf eine unbestimmte Zeit hinaus durch jenen so unerwarteten und gewalt-

samen Todesfall entzogen wurde? Wie, wenn ein Arbeiter an seinen Gliedern verstümmelt, zum ferneren Erwerbe unfähig gemacht ist? Wenn ein Schauspieler seinen Vertrag bricht und flüchtig geht, oder auch nur an einem Abende, wo er spielen sollte, ohne Grund ausbleibt, wer könnte es wissen und bestimmt anschlagen, wie viel ohne jeden Zwischenfall bei der Vorstellung an der Cassa eingegangen wäre, wie viele Zuschauer er als Liebling des Publikums herbeigezogen hätte? Wenn eine Waare zu spät an dem Orte ihrer Bestimmung eintrifft, wie viel hätte derjenige, der sie beziehen sollte, auf dem Markte aus ihrem Verkaufe erlöst und wie viel daran gewonnen? Wenn Jemand Waaren, mit dem nachgemachten Fabrikzeichen eines anderen Gewerbsmannes, in den Handel bringt, wie groß ist der dadurch erlittene Schaden des letzteren? Wie viel würde er mehr verkauft, wie viel an dem Mehrerlöse gewonnen haben, wenn jene unredliche und feindselige Concurrenz durch eine verdeckte Täuschung der Käufer seinen Absatz nicht vermindert hätte? In all' diesen Fällen ist der Schaden gewiß, seine Größe aber ungewiß, sein Anschlag nach festen Anhaltspunkten unmöglich; seine Begränzung ruhte blos in einer fehlgeschlagenen Zukunft, in dem Umschlage von Berechnungen, in dem Nichteintritte von Ereignissen, die vorherzusehen oder auch nachträglich zu ergründen keiner menschlichen Einsicht gegeben ist. In all' diesen Fällen findet sich die Beurtheilung auf das große Feld der condictio incerti hinausgedrängt; das Recht ist offenbar auf der Seite des Beschädigten, die genaue Abwägung des Ersatzes, um der Wiedervergeltung einen haltbaren Ausdruck zu verleihen, aber unmöglich. Beinahe derselbe Fall tritt auch in jener ersten Voraussetzung ein, wenn eine Sache mit ihrem Werthe zwar vorhanden war, aber ihr Untergang, oder auch die zerstreute und vielverzweigte, die in unübersehbaren Fällen allmählig wiederkehrende und oft nur theilweise mit eingeflossene Art der Beschädigung eine Schätzung, welche sich objektiv auf feste Grundlagen stützte, unmöglich gemacht hat. Wenn eine vielverbreitete Stempelfälschung in den Einkünften des Aerars Jahre lang einen mächtigen Ausfall bewirkte, wer könnte hier berechnen, wie groß derselbe gewesen, obwohl eine unsichtbare und übermenschliche Macht dieses hätte aufzeichnen können? Wenn ein Handlungshaus von weitläufigem Geschäftsverkehre seine vom Auslande bezogenen Waaren viele Jahre über auf der Gränze falsch declariren ließ, um wie viel hat es dadurch gewonnen, um wie viel wurde das Zollgefäll verkürzt? (Anh. I. Nr. 278, 279.) Oder auch, wenn

der vom Wagen abgeschnittene Koffer nicht wieder zum Vorschein kömmt, wer außer dem Eigenthümer, dem man doch nicht auf geradehin glauben will, könnte uns sagen, was darin und wie groß sein Werth gewesen? (Anh. I. Nr. 264—271.)

Was ist nun in allen diesen Fällen zu thun? Hier sind wir an einem neuen Scheidewege der beiden Prozesse angelangt, die sich gegenüberstehen und der Vergleichung darbieten. Die deutsche Rechtspflege läßt sich ganz ruhig auf den Satz nieder, als sollte sich gewissermaaßen der Kläger damit zufrieden geben, und als bliebe kein anderer Ausweg offen: Non deficit jus, sed probatio; sie glaubt sich hierin von aller Schuld und Verantwortlichkeit losgezählt zu finden. Ihr Widerstreben gegen die Condictio incerti führt sie dahin, ein so unvollkommenes Recht, wie das noch in ungewissen Ausgängen verborgene, sei als unreife Frucht keines Zuerkennens für werth oder wenigstens für fähig zu halten. Mit selbstgenügsamer Ruhe legt sie dem zuviel verlangenden Kläger den Beweis seines erlittenen Schadens auf, und gibt ihm zu verstehen, wie er es beweise, sei natürlich, wie schon so oft bemerkt, seine Sache. Die einzigen Beweismittel hiefür sind alsdann Sachverständige, und als ergänzend ein Eid, der Erfüllungs- oder Quantitätseid des Klägers, dann als letzte Aushilfe der Glaubenseid seines Gegners. Wie will man mit diesen eingeengten Hilfsmitteln beweisen, was ein abgeschnittener Koffer enthalten, und wie viel jedes Stück darin werth gewesen, wenn auch das genaueste Verzeichniß des Bestohlenen als scriptura propria keinen Glauben findet? (Anh. II. Nr. 21, 22.) Die Beweisauflage ist in diesen, wie in so vielen anderen Fällen nur eine Formel, um auf einem Umwege der verzweifelten Forderung die Abweisung zu bedeuten. Dazu kömmt noch der große Widerwillen der Richter, den moralischen Schaden in einer Geldsumme anzuschlagen, Ehre und Unschuld, guten Ruf und gerade Glieder, die Verlassenheit einer Wittwe, die verwaiste Lage kleiner Kinder, die Verstoßung einer Braut durch einen Umsatz in klingende Münze gleichsam wiedervergeltlich zu machen, dem leichtsinnigen oder böswilligen Frevler in den Säckel zu greifen und ihm dadurch wehe zu thun, so gut man kann, die beklagenswerthen Opfer, weil sie unglücklich wurden oder bittere Kränkungen zu erdulden hatten, darum mit Geld zum Schweigen zu bringen, um auf diesem Wege ein Gleichgewicht in Wechselwirkungen zu suchen, welche die strenge Regel des Tantundem so weit verlassen. Daher ist nichts mißlicher und hoffnungsloser, als

eine Entschädigungsklage in deutschen Gerichten anzustellen, sie geht gewiß in der Regel leer aus; liefert sie am Ende auch eine spärliche Ausbeute, so ist das Gewisse, was sie einbringt, meistens so unbedeutend und karg zugemessen, daß es nur mit Noth die Kosten des Prozesses deckt, und nie den Verdruß desselben vergüten wird. Die wenigen Beispiele, die der zweite Anhang am Schlusse von Fällen dieser Art aufstellt, werden dieses Urtheil gewiß rechtfertigen; sie sind die treuen Vorbilder davon, wie es in der Regel, wie es beinahe immer zu gehen pflegt.

Die franz. Rechtspflege hat sich vor Allem auch hier wieder von den Fesseln der formalen Wahrheit frei erhalten, in denen wir uns mühsam umherdrehen, und rechtsunbekümmert nach dem fernen Ziele fortwinden. Sie erfaßt die Gerechtigkeit als eine Anforderung der höchsten Ordnung, die vor dem schwachen Zurufe: deficit probatio noch nicht zurücktreten und die Waffen strecken dürfe, der es nicht wohl anstehe, denselben ohne Kritik hinzunehmen und sich von ihm zu einer beklagenswerthen Unthätigkeit verurtheilt zu sehen. Sie hält fest daran, wie der Schaden zu ermitteln, das sei ihre eigene Sache und erhebt deshalb ihren Blick frei über die Summe und die Hauptquellen der ihr noch offen stehenden Erkenntnißgründe; treten hier die regelmäßigen und sicheren ohnmächtig zurück, so müssen neue der Sache zunächst kommende als Aushilfe geschaffen und kräftig benützt werden. Die Frage tritt alsdann unter jene mächtige Herrschaft der Umstände, welche das ganze Rechtsgebiet mit ihrer lichtvollen und schnellen Einwirkung überzieht. Ist der gewisse Schaden, den Jemand durch die Schuld seines Nachbarn erlitten, und den dieser zu vergüten nach allen Rechten, wie nach der Billigkeit verbunden ist, zufällig unbekannt, ist er auch unerforschlich, weil die Natur uns die Erkenntniß des Verschwundenen, den Blick in die Wechselfälle einer geheimnißvollen und in ihren Grundlagen verrückten Zukunft, die Sehergabe für die Verkettung der Ursachen und Folgen versagt, glücklicher Weise versagt hat, so darf deshalb das Unrecht noch keinen Triumph feiern, die Gerechtigkeit noch nicht ihren Dienst verweigern; der annehmbare Schaden, der beiläufig und am wahrscheinlichsten erlittene, das grundhaltig wahrnehmbare Interesse, soweit es muthmaaßlich gequetscht wurde, muß an die Stelle der wahren Größen treten, und dem richterlichen Ausspruche zu einer zwar minder verlässigen, aber immer noch gerechten und rechtsförderlichen Unterlage dienen. Wer dem Andern einen Schaden jener ungewissen Art zufügt, sei es aus

fahrläßigem oder vorsätzlichem Verschulden, der begeht ein zweifaches Unrecht an ihm, einmal durch die Schmälerung seines Vermögens schon an sich, und überdies noch dadurch, daß er ihn um die Mittel bringt, mit denen er die Größe seines Schadens hätte beweisen und klar vor Augen legen können[2]). Für beide Fälle muß er ihm gerecht werden; wie ist aber solches in dem zweiten Punkte möglich? Die Antwort ist leicht und schon auf dem Vordergrunde zu finden. An die Stelle der unmöglich gemachten Erhebung und Berechnung des Schadens tritt das richterliche Ermessen; als Rechtsgeschworne haben die Richter den Anschlag des Schadens, der sich nicht mehr fest halten läßt, dessen Maaß dahin geschwunden ist, aus ihrem Gewissen, aus ihrer durch die zugänglichen Umstände des Falles pflichtmäßig und fest begründeten Ueberzeugung zu schöpfen, gerade ebenso, wie die Geschwornen der Thatfrage in unseren Strafgerichten den Anschlag des entwendeten oder durch Erpressung oder Betrug herausgelockten Gutes, so oft der Grad des Verbrechens von dem Betrage abhängt, auf die ihnen gemachten Angaben und Vorlagen in eine feste Summe bringen, und dabei die Begränzung des Ungewissen durch den Maaßstab bekannt gegebener Umstände im Wege der Schlußfolgerung vermitteln. Der gelehrte Richter des Rechtes wird hier zum freien Richter über die Thatsachen, nach der bekannten Regel: Quatenus cujus intersit, in facto, non in jure consistit. fr. 24 de R. J.

Die Rechtszustände beider Nachbarländer treten sich auch hier wieder, wie schon bemerkt, in schroffen Gegensätzen einander gegenüber. Der deutsche Richter kann sich des Verlangens nie erwehren, sich allen Beweis über die Thatsachen seines Falles von den Parteien geliefert zu sehen. Alle Gründe, um das Wahre und Falsche, was an einer Sache ist, zu unterscheiden, sollen ihm von Außen kommen, in sein Bewußtsein einströmen, als Hauch aus einer festen Richtung in's Antlitz wehen, mit dem Klange einer gangbaren Münze in seinen Ohren widerhallen, mit den Fingern begreifbar sein; sie sollen einzeln der Reihe nach einher ziehen, vor der Musterung stille stehen, und ein jeder seine besondere Färbung oder den verhältnißmäßigen Druck auf die kunstmäßig gebildete Empfänglichkeit seiner Urtheilskraft gleich mit sich bringen oder doch nach festen Regeln bestimmen lassen. Daher vor Allem die Beweisauflage über das Verschulden und den Grad der culpa, über die wirkende Ur-

2) Bl. f. RA. XVIII. S. 52. — Anh. I. Nr. 278.

sache und die Größe des Schadens; daher die Zuversicht, die Beweisführung vermöge all' diese Punkte über jeden Zweifel zu erheben [3a]). Wie ist der Beweis nun zu liefern, wie wird er versucht, wie weit gewöhnlich aufgebracht? Die Zeugen, wenn dergleichen vorhanden sind, können sich meistens nur über den Hergang der Sache äußern, über die Schuld oder Nichtschuld, den Zufall oder die Nachläßigkeit, über begangene Fehler und unglückliche Folgen. Der Zusammenhang zwischen dem Fehltritte und dem entstandenen Schaden, sowie die Größe des letzteren ruht beinahe immer in den Händen der Sachverständigen und geschwornen Schätzer. Sie sind es, die auf diesem Felde jene überschwängliche, durch nichts überwachte und nicht selten gewissenlose Herrschaft ausüben, die schon oben im fünften Abschnitte von den Vermuthungen (S. 268) scharf gerügt wurde. In ihren Händen liegt das Urtheil, was sie häufig durch die Einmischung ihrer Sympathien trüben; den Gerichten bleibt nichts übrig, als dasselbe mit dem Gewichte ihres Ansehens zu besiegeln. Weichen sie in ihren Angaben von einander ab, so schreibt die GO. K. XII. §. 3 Nr. 2 vor, derjenigen Meinung den Beifall zu geben, welche mit hinlänglichen Gründen dem Richter am begreiflichsten dargelegt ist. Ereignet sich aber diese Abweichung in einem Werthsanschlage oder sonst in Geldsummen, was thun unsere Richter? Statt sich als Schiedsrichter zwischen beiden aufzuwerfen, rechnen sie beide Schätzungen zusammen und ziehen die Mitte heraus, als das liebgewonnene, beinahe automatische Mittel, den sicheren Punkt nur objectiv durch ein Rechnungsexempel im Zusammentreffen auf halbem Wege herauszufinden. Bleibt alsdann, wie beinahe immer, noch ein Zweifel übrig, so müssen der Quantitäts- oder Erfüllungs-, der Haupt- oder Reinigungseid als die letzten in ewiger Bereitschaft stehenden Nothbehelfe den Ausschlag geben. In diesen stehenden Typen tritt uns beinahe jeder Entschädigungsprozeß aus der deutschen Praxis entgegen.

3a) Ein Beispiel zur Erläuterung. Als ein Negatorienbeklagter, aus einem zwanzigjährigen Prozesse siegreich hervortretend, seinen Gegner nun umgekehrt auf Schadensersatz belangte, weil er ihm während der Dauer des Streites durch seine erwirkten Verbote die Ausübung der Schafweide in seiner Waldung zur Ungebühr gesperrt habe, legte ihm die erste Instanz unter Andern auch den Beweis auf, daß sein Gegner jene Inhibitorien gegen ihn in rechtswidriger Absicht, um ihm zu schaden, beantragt habe, und daß er, wenn dieselben nicht erfolgt wären, in den 20 Jahren, die der Prozeß dauerte, jährlich 1200 Stück Schafe, oder wie viel weniger hätte halten können, und auch wirklich gehalten haben würde. (RNr. 665, 57/58.)

Die Parteien und vor Allem der Kläger sollen alle Umstände des Falles einzeln bis auf das Kleinste beweisen, jeden Schritt und Tritt in den Anlässen und Vorgängen, jedes graue oder gekrümmte Haar in den Folgen; dem Kläger wird auferlegt, jeden Besuch des Arztes, jede Salbe aus der Apotheke, jeden Tag entzogenen Arbeitslohnes, die Angemessenheit verlangter Alimente, die Dauer seiner Verhinderung, den Geldwerth seiner Verstümmlung, die Leistungsfähigkeit seines Gegners zu beweisen, oder auch, wenn von dem Ersatze eines Gutes die Rede ist, jedes Stückchen, woraus dasselbe bestanden. Kömmt es nun zum Urtheile, so ist das Uebermaaß der Bedenken voll; jeder Thaler, der zugesprochen werden soll, wird zweimal umgedreht, auf der Kopf- und auf der Wappenseite besehen, in jeder Hand gewogen, jeder soll seinen Entscheidungsgrund für sich haben, warum nicht mehr und nicht weniger, sondern gerade soviel gebühre. Das Urtheil selbst ist in all' seinen Theilen retrospektiv, nirgends produktiv, es hält sich immer auf dem Standpunkte einer vollständigen Abnegation der Urtheilsschöpfung aus sich selbst, aus dem Rechtsgefühle und richtigen Takte der Richter, es versagt sich den unlauteren Einblick in die notorischen Verhältnisse des täglichen Lebens, und wagt sich nie über die staubige Luftschichte der Aktenlage hinaus. Das Endurtheil ist ein wahrer Hohlspiegel, der nur die Gutachten der Sachverständigen, die Durchschnitte der Schätzungen auf der einen und die Eidschwüre der Theile auf der anderen Seite in verzerrten Zügen unverarbeitet zurückwirft; der Schattenriß, den es liefert, ist meistens unverständlich; von seinem praktischen Unwerthe und seiner Unzulänglichkeit durchdrungen zu sein, sind die Richter zuweilen selbst die ersten, die dasselbe kunstmäßig zusammengestückelt haben.

Das französische Urtheil über die volle Genugthuung, die für den zugefügten Schaden gebührt, tritt uns von der anderen Seite kühn ohne Tollkühnheit, frei und warm ohne Willkühr, kräftig ohne Bedrückung, eifrig forschend ohne Spitzfindigkeit, scharf einschneidend ohne zu verletzen, vor Allem wirksam ohne künstliche Hilfsmittel, und gerecht, soweit hier die Gerechtigkeit zu erzielen ist, entgegen. Und was ist das Geheimniß dieser unverläugbaren Vorzüge? Seine Natürlichkeit, der ernste Bedacht, den es nimmt, die Verirrungen zu vermeiden, in welche das eitle Streben nach formaler Wahrheit ein solches Werk immer verwickeln muß. Es ist ein Urtheil geschworner Richter, und keine Auflösung einer juristischen Gleichung durch Rechenmeister.

Bei den gewöhnlichen Entschädigungsklagen kömmt es meistens darauf an, drei Punkte festzustellen, nämlich das Verschulden des Beklagten oder einer anderen Person, für welche derselbe verantwortlich ist, oder die Zufügung durch eine Sache, für welche er einstehen muß, im Gegensatze zum blosen Zufalle, zum Falle unabwendbarer Gewalt, alsdann den inneren Zusammenhang des entstandenen Schadens mit jenem schuldhaften Anstoße als Ursache und Wirkung, entweder ganz oder zu welchem Theile, und endlich an letzter Stelle die Größe des entstandenen Schadens, insoweit sein Ersatz demjenigen zur Last fällt, von dem derselbe verlangt wird. Alle drei Punkte finden in der großen Mehrzahl der Fälle ihre vollständige Beleuchtung in der mündlichen Verhandlung der Sache, mit Hilfe der wenigen hier vor Augen liegenden Urkunden oder sonst beigebrachten Beweisstücke. Sind bereits Zeugenverhöre gepflogen, aus Anlaß einer Voruntersuchung oder einer administrativen Nachforschung, so werden sie sorgfältig benützt; sind dabei Sachverständige vernommen, so wird ihr Gutachten zu Rathe gezogen, sind sie es nicht, so können sie erst damit gehört werden. (Siehe oben S. 507 litt. e.) Privatzeugnisse und gewechselte Briefe finden soviel Vertrauen, als sie ihrer Natur nach verdienen; kein Erkenntnißgrund für das Wahre an der Sache, der sich im Laufe der Verhandlung darbietet, bleibt von dem ihm zukommenden Einflusse ausgeschlossen; die Grundursache des Schadens wird bis in ihren letzten Winkel verfolgt, sei sie auch nur ein Glas Wasser. Um damit zum Ziele zu gelangen, wird natürlich auch hier wieder erfordert, daß beide Anwälte sich ernstlich bestreben, den Hergang der Sache in seinem vollen Lichte zu zeigen und aufzuklären, wozu sie den besten Antrieb darin finden, daß sie im voraus wissen, jedes hinterlistige Verschweigen, jedes Ausweichen oder Umgehen, jedes Betreten auf kecker Verläugnung oder Entstellung der Wahrheit ziehe die widrige Folge nach sich, daß nun den Anführungen des Gegentheiles weit leichter Glauben geschenkt werde. Ein Beweis über das Verschulden oder die Grade desselben, ein Gegenbeweis über den Zufall, ein Beweis über das, was den unglücklichen Erfolg bewirkte, wie sich der Schaden an die Ursachen anknüpft, daraus herleitet, wird nie auferlegt; gerade hierin beruht einer der größten Vorzüge dieser ganzen Verfahrungsweise. Die verschiedenen Grade der culpa kommen nie zur methodischen Erörterung, das Civilrecht kennt sie nicht, der Art. 1382 des C. Nap. erklärt jede beschädigende Handlung, worin sie auch immer bestehen möge, für verpflichtend

zum Schadensersatze. Der mittlere und normalmäßige Grad von Aufmerksamkeit, der hiedurch Jedermann auferlegt ist, besteht in nichts Anderem als in der diligentia in concreto des römischen Rechtes, in jenem ernstlichen Bedachte, den man seinen eigenen Angelegenheiten zuwendet; der Art. 1927 vom Depositum hat dieses ausdrücklich verordnet. Diese Pflicht wird in einigen Fällen strenger, wie z. B. für den Depositar, der einen Vortheil bei der Sache, oder sich dazu aufgedrungen hat, in anderen wird sie gelinder gehandhabt, wie bei dem unvergeltlichen Auftrage und der nützlichen Geschäftsführung. Art. 1374, 1928 und 1992. In dieser allgemeinen Anleitung findet sich der ganze Spielraum zwischen culpa lata und levissima eingeschlossen. Nichts ist gewiß natürlicher, als den Grad von Wachsamkeit, den Jedermann aufzubieten hat, um nicht für den durch Versäumnisse entstehenden Schaden haftbar zu werden, nach den Umständen eines jeden einzelnen Falles zu beurtheilen; auch das bayer. LR. will im Grunde nichts Anderes, wenn es Tit. IV. K. 1 §. 20 Nr. 3 verordnet, es beruhe gradus culpae auf Beschaffenheit der schuldhaften Person, dann anderer Umstände und deren richterlicher Ermäßigung. Unsere alte und weitverzweigte Controverse über die Beweislast beim Verschulden, je nachdem es in oder außer einem Vertrage vorfiel, ist in der franz. Jurisprudenz eben darum, weil sie das System der deutschen Beweisauflage verlassen hat, so gut als unbekannt[3b]). Das Civ.-Gesetzbuch stellt wohl im Art. 1147 als Regel auf, daß derjenige, der einen Vertrag unerfüllt läßt, beweisen müsse, daß er ohne sein Verschulden daran verhindert war; einige weitere Bestimmungen haben die Beweislast in Bezug auf den Zufall und die unabwendbare Gewalt nach ganz natürlichen Grundsätzen vertheilt. So hat der Miethbewohner, in dessen Gemächern ein Brand auskömmt, zu beweisen, daß dieses ohne sein Verschulden geschehen — Art. 1732, 33 C. Nap. —[3c]), der Baumeister für die Fehler seines Baues zu haften — Art. 1792 —, die Schiffer und Fuhrleute, Depositare und Gastwirthe für die ihnen übergebenen oder auch bei ihnen nur hinterlegten Güter — Art. 1784, 1992—94. Allein der Einfluß dieser Vorschriften macht sich im Prozesse nie zu dem Ende geltend, um zu bestimmen, wem ein Beweis aufzuerlegen sei, son-

---

3b) Vergl. hierüber Seuffert's Commentar z. GO. (II. Aufl.) Bd. III. S. 57.

3c) Das Bez.-Gericht in Paris sprach aus, daß diese Vermuthung sich nicht wider den blosen Nachbarn erstrecken lasse. (G. d. T. v. 26. März 1859.)

dern blos zuletzt, wenn ein solcher nicht von freien Stücken geliefert, die Gewißheit nicht ermittelt ist, um erst nun die angemessene Folge zu ziehen, die sich hieraus von selbst für das Endurtheil ergeben muß. Das ganze Geheimniß für die Beurtheilung der bürgerlichen Verantwortlichkeit, ihres Umfanges und der dabei denkbaren Stufen, für ihre Vertheilung unter mehrere in einer Haftung begriffene Personen liegt immer nur darin, daß, wenn der wahre Verlauf der Sache von vorne herein soweit nur immer möglich aufgeklärt ist, wenn die Richter alle Fäden der Handlung und ihrer Beweggründe, der Versäumnisse und der Anlässe hiezu, der Wechselwirkung zusammentreffender Umstände und unvorhersehbarer oder unvermeidlicher Zwischenfälle in ihren Händen vereiniget halten, daß alsdann ihre Einsicht in den ganzen Zusammenhang der Sache und alle darein eingreifenden Punkte in dem Grade geläutert und vervollständiget ist, daß ihnen von selbst einleuchtet und mit dem Lichte der Vernunft die Erkenntniß einströmt, wo das Verschulden und wo der Zufall, wer für jenes haftbar, und wer durch diesen entschuldiget, wie weit der Schaden sich aus der einen oder der anderen dieser gegenüberstehenden Voraussetzungen hinlänglich erklären, und ganz oder zu welchem Theile als Wirkung daran anknüpfen lasse. Gerade hierin besteht auch der kostbarste Vorzug dieser ganzen Einrichtung, daß das Urtheil auf die Grundlage der Sache, wie sie wirklich verlief und sich zugetragen hat, gesetzt wird, anstatt auf die einseitigen Verdrehungen befangener Parteien, und die planmäßige Entstellung kunstgewandter Anwälte, mit dem angehängten Vorbehalte, den Beweis dessen, was diese vorschützen, gleichsam als unbedeutende Nebensache noch am Ende nachholen zu dürfen; gerade dadurch empfiehlt sich vor allem Anderen der Werth dieses Verfahrens, daß dasselbe seinen Weg immer gerade vorwärts nimmt, daß das Wahre an der ganzen Geschichte sogleich auf der Schwelle aufgesucht und ergründet, und erst dann darüber geurtheilt, eben damit aber die gefährliche und am Eingange doch nie sicher zu bewältigende Klippe der Beweislast bei dem Verschulden völlig umschifft wird. Welch' unverantwortlicher Aufwand an Zeit und Kräften, an Streit und Gelehrsamkeit wird dagegen nicht alle Tage in deutschen Gerichten vergeudet, um in jedem Falle vorerst zu bestimmen, was als erheblich noch zu beweisen sei, und wer es zu beweisen habe!

Bleibt nun bei der mündlichen Verhandlung der Sache, an jene schon vorhandenen Hilfsmittel sich anlehnend, noch ein erheb-

licher Punkt im Unklaren zurück, so versteht sich von selbst, daß das Gericht auf das Verlangen einer Partei in erster oder auch in zweiter Instanz noch ein Zeugenverhör oder einen Augenschein verordnen, eine Vernehmung von Sachverständigen zulassen oder auch selbst verfügen könne. Die Ergänzung der Verhandlung durch einen Vorbescheid bildet indessen eine äußerst seltene Ausnahme, die unter zwanzig Fällen nicht einmal vorkömmt; insbesondere war in keinem der zahlreichen Rechtsfälle, welche der I. Anhang Nr. 207—324 hiefür aufstellt, ein Zwischenbescheid auf Beweis erlassen, wo die Gründe nicht selbst ein gerichtliches Zeugenverhör in Bezug nehmen [3d]). Wird ein solcher auch wirklich erlassen, so greift derselbe hier gleichfalls wieder, wie bereits bekannt, dem Endurtheile in keinem Punkte vor, sondern erklärt vielmehr ausdrücklich den sich immer von selbst verstehenden Vorbehalt, daß alle Rechtsfragen dadurch unberührt bleiben. Ist aber endlich mit oder ohne Beweisführung Alles erschöpft, was zur Aufhellung der Sache beitragen könnte, sind alle Umstände vorgebracht und entwickelt, alle Thatsachen mit ihrem Einflusse erörtert, der Hergang der Sache im Ganzen wie im Einzelnen erforscht, wer schöpft nunmehr das Urtheil, wer zieht die Folgen, auf welche Grundlagen wird jenes gesetzt, wer gibt insbesondere über das Maaß des gestifteten Schadens, über die Größe seines Ersatzes den Ausschlag? Nur das Gericht selbst, das Gericht nach seiner freien und selbstgebildeten Anschauung, nach seinem vernünftigen Ermessen, das Gericht nach seiner innigen und festen Ueberzeugung, ungebunden durch den Rath kunsterfahrner Leute, und unbenöthiget des falschen Flimmers schichtenweise angehängter Eidschwüre. Für die Fassung und Umgränzung dieses Endurtheiles bleiben auch hier noch zweierlei Formen und Wege offen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, man kann sagen, beinahe immer wird dasselbe sogleich nach dem vollen Umfange aller Fragen erlassen und auch die Summe des zu leistenden Schadensersatzes sogleich darin ausgesprochen. Nur in seltenen Ausnahmsfällen wird die Partei zwar zum Schadensersatze verurtheilt, auch das Verhältniß hiefür im Allgemeinen festgestellt, die Ermittlung des Quantums dagegen einer besonderen Liquidation zur Nachholung vorbehalten. Der Art. 128 C. Pr. hat den Gerichten diese Wahl aus-

3d) Es scheint gewiß, daß in Rheinpreußen, Rheinhessen und der bayer. Rheinpfalz die meisten dieser Fälle nicht ohne Beweisinterlokut, und insbesondere nicht ohne Expertise abgekommen wären.

drücklich offen gelassen, und jenen letzten Nothbehelf mit dem technischen Namen einer Verurtheilung zum Schadensersatze par état bezeichnet, d. h. nach einem vorzulegenden und erst noch genauer richtig zu stellenden Verzeichnisse der einzelnen Posten. (Siehe oben S. 458 litt. b.) Dieses Liquidationsverfahren selbst, in den Art. 523—525 der Pr.-O. genau vorgezeichnet, ist aber so kurz und summarisch, daß es auf dem Felde des deutschen Prozesses weit eher in der Festsetzung der Gebührenverzeichnisse eines Anwaltes, als in einem förmlichen Beweisverfahren sein analoges und nächstverwandtes Seitenstück finden würde. Der Eid der Parteien, dieses gebrechliche und täuschende, ja man darf unbedenklich sagen, dieses leichtfertigste von allen Beweismitteln bleibt auch hier wieder, wie für alle Fragen des Schadensersatzes, in die ewigen Nebel seiner wohlverdienten Unmacht verwiesen [4]). Dieses Urtheil der franz. Gerichte auf Schadensersatz, auf so einfachen Grundlagen und mit so geringer Mühe gefunden, die Freiheiten, womit der Schaden angeschlagen und vertheilt, das Interesse fixirt, der Ersatz zugesprochen wird, der kurze Aufwand an Gründen neben der klaren Einsicht in den Gang der Ideen, Alles, was wir in jenen Urtheilen lesen und dabei von selbst errathen, gegenübergestellt unseren heimathlichen Zuständen, sind gewiß so überraschende und kaum geahnte Erscheinungen, daß sie den deutschen Richter auf den ersten Anblick mit einem geheimen Schauer erfüllen müssen, der sich zuweilen mit einer Anspielung auf türkische Justiz Luft macht; denn die Unkenntniß ist nur zu geneigt, alles türkisch zu heißen, was über ihren engen Gesichtskreis hinausreicht. Man gefällt sich in der Lage juristischer Troglodyten, die aus ihrer Höhle nur selten hervorkommen, einen Blick auf dasjenige zu werfen, was in anderen Ländern vorgeht. Und dennoch sind es wahre Richtersprüche, die durch ihre Gerechtigkeit das noch nie bezweifelte Vertrauen eines großen Volkes besitzen und auch verdienen. Die französischen Richter gebaren sich nicht blos mit großer Zuversicht als geschworne Schätzer, als eingeweihte Sachverständige auf dem großen und offen stehenden Gebiete der gemeinen Erfahrung, sie glauben auch zu kennen, sie errathen und offenbaren aus ihrer nie versiegenden Weltanschauung

4) Boitard a. a. O. bemerkt hierüber T. I. Nr. 289: „Die Gerichte pflegen sich im Allgemeinen sehr selten auf eine solche Absonderung der Quaestio quanti von der Quaestio an einzulassen; ... da dieselbe die Kosten bedeutend vermehren würde, so wird sie nur in den äußersten Fällen angewendet, wo es unumgänglich erscheint."

die geheimsten Dinge, in die sich nur eine übermüthige Einbildungskraft versteigen zu können scheint. Die franz. Richter schätzen den Inhalt eines Reisekoffers oder Nachtsackes mit seinem wandelbaren Werthe nach Beschaffenheit der Person, die ihn mit sich führte oder aufgegeben hat, als hätten sie ihn kurz vorher durchgemustert, und denken nicht daran, von dem Bestohlenen erst noch einen Eid zu verlangen, völlig überzeugt, wie man es auch sein muß, daß dasjenige, was derselbe beschworen hätte, um nichts mehr Glauben verdiente, als was er oder sein Anwalt in dem Prozesse glaubwürdig behauptet haben. Sie scheinen in den sibyllinischen Büchern zu lesen, wie viel an der Kasse eines Theaters eingegangen wäre, wenn die vereitelte Vorstellung stattgefunden, wie viel die Direktion durch den überschrittenen Urlaub eines Sängers oder die treulose Flucht einer Sängerin Einbuße erlitten, wie viel ein Kaufmann an seinem Gute gewonnen hätte, wenn dasselbe zur rechten Zeit auf dem Markte eingetroffen. Sie stellen mit großer Zuversicht, und nicht ohne den Schein geheimer Inspirationen die Summe fest, um welche eine unredliche und hinter dem Rücken einher schleichende Gewerbsconcurrenz den offenen und ehrlichen Betrieb eines Geschäftes in Schaden brachte. Sie wagen sich frisch daran, die Hauseinrichtung eines Gasthofes, den verschwundenen Hausrath, den eine Frau in die Ehe gebracht, die verbrannten Waaren einer Kaufhalle in einem Geldanschlage aufzustellen, als hätte ein unsichtbarer Berggeist davon ganz im Stillen ein Verzeichniß genommen und in ihre Hände gespielt. Sie geben sich, von einem gerechten Selbstvertrauen gehoben, das Ansehen, mit ihrem Januskopfe die Vergangenheit und Zukunft zugleich zu überblicken. Wie ist es aber möglich, all' diese willkührlichen Anschläge in den Entscheidungsgründen zu rechtfertigen, nur ein haltbares Wort darüber zu sagen? Der Entscheidungsgrund ist immer derselbe, er könnte in ein Formular abgedruckt werden. In der Erwägung, daß dem Kläger hiefür Ersatz gebührt, der Gerichtshof die nöthigen Anhaltspunkte vor Augen hat, um die volle Genugthuung in Anschlag zu bringen, und daß er dieselbe auf so und so viel veranschlagt, — oder im umgekehrten Falle, der nicht minder oft zum Vorscheine kömmt: So viel zum Schlusse den verlangten Schadensersatz betrifft, erwogen, daß Kläger einen bisher von ihm erlittenen Schaden nicht zu erweisen vermochte u. s. w. Man könnte sich leicht versucht fühlen, die Mitglieder eines französischen Gerichtshofes zu fragen, wer ihnen denn sagt, daß der Schaden sich gerade so hoch beläuft, als

sie ihn anschlagen, und wo sie jene geheimen Anhaltspunkte hernehmen, auf die sich dieselben mit so vieler Zuversicht berufen? Die Antwort würde sich gewiß nicht lange erwarten lassen. Aus dem ganzen Schatze unserer Welt-, Lebens- und Erfahrungsweisheit, würden sie sagen, die wir mit zur Sitzung bringen, und nicht an der Schwelle des Gerichtes zurücklassen, die wir in die große Masse erleuchteter Intelligenz, aus der unser Urtheil auftaucht, mit einzuwerfen, durch unseren Eid uns für verpflichtet halten, aus jener Gerichts-, Welt- und Offenkundigkeit, welche als ein freier Lichtkreis der praktischen Erkenntniß unsere Augen von selbst umgibt, und die zu entbehren, wir uns verlassen fühlen, die zu entlehnen oder einer kümmerlichen Engbrüstigkeit zu opfern, wir für einen Verrath an der Gerechtigkeit selbst halten müßten[5]). Niemand kann sich darüber täuschen, und Niemand verläugnen wollen, daß ein solcher Ausspruch, wie wir dergleichen in so zahlreichen Fällen vor unseren Augen aufgerollt finden, ein Urtheil in Bausch und Bogen ist; allein was liegt am Ende daran, wenn das kunstgerechte Urtheil der deutschen Praxis sich nicht um ein Haar an innerer Glaubwürdigkeit als besser und treffender bewährt? Sah man nicht in unseren Tagen lange Gesetze und selbst Reichs-Verfassungen in Bausch und Bogen annehmen, oder wenigstens hiezu empfehlen, warum sollte ein gleiches nicht von einem verschwundenen Reisekoffer oder der leer gebliebenen Kasse eines Schauspielhauses angehen, wenn uns Niemand in der Welt einen besseren Aufschluß zu geben vermag, was doch gewiß von jenen zuerst be-

5) Der neapolitanische Rechtsgelehrte P. Ulloa machte die Bemerkung, die Rechtswissenschaft müsse, um die erhabenen Bedingnisse nicht zu verfehlen, welche ihre Vorzüge und ihre ganze Aufgabe bildeten, das Studium der Philosophie nebst der Kenntniß des Lebens und der Welt zur Grundlage nehmen, jene allgemeine Wissenschaft, welche allein die Natur einer jeden anderen enthüllet, und deren Grundelemente erforscht, welche ferner dasjenige bestimmt, was jede andere verträgt, was sie gebietet oder von sich zurückweiset, jene Potenz der geläuterten Vernunft, welche den Zweck einer jeden, und die Mittel um ihn zu erreichen darlegt. Dieselbe allgemeine Wissenschaft bilde auch den Leitstern für die Entwicklung der Humanität, worauf sie augenscheinlich ihre Richtung verfolge, in jener großartigen Hierarchie, welche von Gott ihren Ausgangspunkt nehme, von der Schöpfung des Ganzen zur Schöpfung des Individuums herabsteige, und das ganze Weltall mit ihrer Betrachtung umfasse. — Und dennoch glaubte wieder ein anderer Rechtsgelehrter desselben Landes, um einen tüchtigen Richter vorzustellen, brauche man nur ein wenig Praxis und gesunden Menschenverstand. Vgl. **de Cesare**, delle pruove in mat. civ. S. 192.

rührten Fällen sich nicht sagen ließ? Ein solches Urtheil ist freilich in vielen Fällen ein arbiträres, allein es ist darum bei weitem noch kein willkührliches. Es taucht nur aus jenem arbitrium boni viri auf, worauf das römische Recht die Richter an unzähligen Stellen hin verwiesen hat, und bei dem Mangel eines besseren Auskunftsmittels hin verweisen mußte. Das Wort arbitrium ist für den deutschen Sprachgebrauch beinahe doppelsinnig; ganz unrecht würde es in dem hier gemeinten Bezuge mit: Willkühr übersetzt; das treffende Wort ist nur: nach ungebundenem Recht- und Gutbefinden. In diesem Sinne ist wohl das französische Urtheil mit seinem summarischen Anschlage des gestifteten Schadens ein arbiträres, allein es kann auch nicht leicht ein anderes sein. Verlassen uns alle festen Kennzeichen über die Größe einer gebührenden Entschädigung, so müssen die lockeren und entfernter liegenden für einen beiläufigen der Wahrheit nur zunächst tretenden Anschlag in die Linie der Berücksichtigung einrücken, wo die Sache zur Entscheidung kommen muß. Ein hierauf gebautes, ein beiläufiges Urtheil, welches ein Recht in einer selbst geschaffenen Ausprägung zuspricht, ist immer noch ein unparteiischer und Vertrauen erweckender Richterspruch, und jedenfalls noch besser als gar keines, oder was beinahe dasselbe ist, als ein solches, welches das Recht selbst der Meinung doppelzüngiger Schätzmänner und unglaubwürdiger Eidschwüre preisgibt[6]).

Die Mängel der deutschen Rechtspflege in diesem Belange sind längst gefühlt und beklagt worden; der stehende Ausdruck hiefür ist immer derselbe: die Gesetzgebung muß Hilfe schaffen. Man wird nach dem, was bisher gesagt wurde, und nach den dazu gehörigen Belegen vielleicht begierig sein, zu erfahren, wo denn die französischen Gesetze sind, und wie sie lauten, die ein von allen Regeln so weit abschweifendes Verfahren, wie die Usurpation der Verrichtung von Sachverständigen ist, erlauben, die es gebieten und zu rechtfertigen vermögen, nachdem doch der Cassationshof so strenge darüber wacht, die Verletzung eines Gesetzes nicht zuzugeben? Sie sind nirgends vorhanden oder formulirt, sie fehlen beinahe gänzlich,

6) In England fällt natürlich die Feststellung der Entschädigungssumme, wie jede Thatfrage, einem Schwurgerichte anheim. Der Gerichtshof spricht dem Kläger nur die volle Schadloshaltung zu, und beauftragt den Sheriff, durch die eidliche Erklärung von zwölf tüchtigen und unbescholtenen Männern die Größe des Schadens feststellen zu lassen, welche sodann das gerichtliche Endurtheil wirklich zuerkennt. Rüttimann's engl. Civ. Proz. §. 316.

die ganze Regel hiefür läßt sich nicht leicht anderswo als in den angestammten Gebräuchen und der Uebung der Gerichte ausfindig machen, die übrigens Niemand zu beanständen sich beifallen läßt. Ein franz. Gericht, von dem man eine solche Rechenschaft verlangen wollte, könnte nur mit dem fr. 21 §. 2 ad L. Aqu. (9, 2) die einfache Antwort geben: Et hoc jure utimur, ut ejus, quod interest, *a nobis* fiat aestimatio [7a]). Würden jene Herren Collegen umgekehrt an uns die Frage stellen, ob uns denn die Gesetze verbieten, ihr löbliches Beispiel nachzuahmen, und warum wir nicht die lästigen Fesseln der Schätzmänner und Eide zerbrechend, uns auf dieselbe Höhe wahrer und selbstständiger Urtheilsfinder emporschwingen? Et hoc jure utimur, könnte auch umgekehrt wieder nur unsere Antwort hierauf sein. Eine kurze Kritik der Quellen und ihrer Benützung wird bald zu zeigen vermögen, daß sie in beiden Ländern nicht so weit auseinander liegen und nach verschiedenen Richtungen hin auslaufen, als eine Vergleichung der sich gegenüber stehenden Gestaltungen des Rechtslebens auf den ersten Anblick vermuthen läßt.

Die franz. Gesetzgebung springt nur auf zwei Punkten der unsrigen voraus, die aus dem bisherigen schon hinlänglich bekannt sind, in der Zulassung eines vollen Beweises durch Vermuthungen, was die bayer. GO. nur als Ausnahme in den vom Civilrechte bezeichneten Fällen erlaubte, und in der Freiheit, dem Gutachten der Sachverständigen nicht folgen zu müssen, wo sich ihm die Ueberzeugung des Richters widersetzt. Diese letztere Abweichung ist wieder nur scheinbar; denn nur über solche Umstände, welche die Sachverständigen aus einer gemachten Wahrnehmung mit ihren besonderen Kenntnissen bekunden, vermögen dieselben eine Evidentia facti festzustellen; ihren Meinungen und Gutachten unbedingten Glauben zu schenken, hat uns keine Vorschrift der GO. zur Pflicht gemacht. Allein die Grundidee des franz. Verfahrens, aus der jene Freiheiten der richterlichen Urtheilsschöpfung sich am besten erklären lassen, ist offenbar die eines Arbitrators, welcher in der

7a) Ein entfernter Anhaltspunkt für den arbiträren Anschlag des Schadensersatzes ließe sich in Art. 1369 C. N. finden, wonach der Richter den Quantitätseid über den Werth einer zu Verlust gegangenen Sache, also wohl auch über die Größe eines jeden ungewissen Schadens nur im äußersten Falle auftragen darf, wenn sich derselbe in anderer Weise nicht ermitteln läßt. Deshalb wird auch nie davon Gebrauch gemacht.

Person des Richters selbst sich vorstellig macht, die Idee eines schiedsrichterlichen Mittlers für den freien Anschlag des Schadens. Der Art. 51 des franz. Handels-Gesetzbuches hat Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern, weil dieselben meistens für das gerichtliche Verfahren unauflösliche Schwierigkeiten darbieten, vor ein nothwendiges Schiedsgericht verwiesen; beide Theile müssen sich Schiedsrichter erwählen, ist der eine säumig damit, so wählt sie das Gericht. Wenn nun zwei Kaufleute über eine Entschädigung unter sich in Streit gerathen, weil der eine die verheißenen Waaren nicht, oder nicht zur rechten Zeit, oder nicht in der gehörigen Güte ablieferte, oder weil der andere sich gegen die beiderseitige Abrede anderwärts mit seinem Bedarf versah, oder eine bestellte Sendung unterwegs verloren ging, so können sie, wenn sie vielleicht alte Geschäftsfreunde sind, den Ausweg treffen, einen Dritten zu ersuchen, durch sein freies redliches und unparteiisches Urtheil nach Vorlage aller Behelfe und nach Abwägung aller Umstände des Falles festzustellen, ob und wie viel der eine dem anderen als Schaden zu vergüten habe. Eben dieser Fall könnte sich natürlich in Deutschland ebenso gut ereignen, wie in Frankreich. Das franz. Gesetz konnte auch daraus einen Fall des zwangsweise auferlegten Schiedsgerichtes, arbitrage forcé, machen, dann wäre die Sache ganz einfach. Es fand solches aber nicht nöthig, und hat es auch nicht gethan, sondern die Richter vielmehr selbst mit dem Eifer betraut, jenes schiedsrichterliche Amt als eine ihrem Dienste innewohnende Nebenbefugniß mit zu verwalten, als etwas, was davon abhängt, gleich selbst zu übernehmen. In dieser Betrachtung findet sich die beste Erklärungsweise für die ganz außerordentlich scheinende Amtsgewalt, welche die franz. Gerichte in dem Zuerkennen von Schäden und Interessen, in ihren Aussprüchen über die volle Genugthuung auszuüben berufen sind und sich selbst beilegen.

Im deutschen, im bayerischen Prozesse insbesondere finden wir uns wohl auf jedem Schritte durch den hinderlichen Satz beengt, daß menschliche Vermuthungen, gewisse Fälle ausgenommen, keine volle Probe liefern sollen. Allein an der Seite dieser Regel finden sich andere in Vergessenheit gekommene Freiheiten zur Nachhilfe in Menge dargeboten, um ersehen zu lassen, daß die deutsche Klage auf Schadensersatz mit dem planlosen Festhalten an demjenigen, was Sachverständige verkundschaften und Eide zu offenbaren scheinen, in einen nicht zu vertheidigenden Engpaß gerathen ist. Vielmehr scheint die natürliche Einfalt der französischen Behandlung in

unseren Quellen selbst ihren Ursprung, und zum großen Theile auch ihre feste Begründung zu finden.

Im römischen Rechte war die Sache für's erste ganz unbedenklich; die hieher bezügliche Hauptstelle ist das fr. 4 §. 4 de in lit. (12, 3). Ist ein Schaden durch vorsätzliches oder sonst grobes Verschulden zugefügt, so darf der Beschädigte dessen Größe durch den Würdigungseid erhärten; — ex culpa autem, fährt die Stelle fort, non esse jusjurandum deferendum constat; sed *aestimationem a judice faciendam.* Kann man wohl je deutlicher sagen, daß der Richter es ist, der den Anschlag des Schadens zu machen hat? Wo ist hier von mensoribus und von artis peritis die Rede? Im folgenden fr. 5 §§. 1 und 2 wird selbst für jenen ersten Fall der zu befürchtende Mißbrauch des Würdigungseides den nöthigen Einschränkungen unterworfen. Der Richter darf zum Voraus die eidlich zu erhärtende Summe auf ein gewisses Maaß beschränken, und ebenso, wenn der Eid geschworen ist, dieselbe immer noch wieder herabsetzen, wozu kann bei allem Dem noch der Eid selbst von Nutzen sein? Ist es in solchen Fällen des rechtswidrigen Vorsatzes oder des groben Verschuldens nicht immer wieder das Gericht selbst, welches den wahren und am Ende siegreich bleibenden Anschlag macht, und nur die eidliche Erhärtung des Beschädigten als eine nutzlose Formalität nebenbei noch zuläßt, wenn dem Eide denn doch nicht geglaubt werden muß? Der §. 3 wiederholt von dem gemeinen Versehen auch hier wieder die Regel: Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam; *haec enim judex aestimat.* Wie kann man diese Vorschrift besser befolgen, als die französischen Gerichte nach den uns vor Augen liegenden Musterfällen zu thun pflegen? Ganz in demselben Sinne verordnete der Kaiser Zeno in Bezug auf den Eid, der noch heut zu Tage seinen Namen führt, in C. 9 unde vi (8, 4): Si non potuerit, qui vim sustinuit, singula comprobare, *taxatione a Judice facta pro personarum atque negotii qualitate*, Sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet. Wer kann noch einen Augenblick zweifeln, daß bei dieser ganzen Verrichtung der Anschlag des Richters die Hauptrolle spielte, der Eid der Partei als unbedeutende Bekräftigung nur nebenher lief? Um hierin ganz sicher zu gehen, fügt die Stelle noch bei: nec liceat ei *ultra taxationem a Judice factam* jurare. Was thun denn die franz. Gerichte anders, als daß sie die ihnen hier zur Pflicht gemachte freie Schätzung nach der Beschaffenheit der Person und der Lage des

ganzen Falles mit all' seinen Umständen aufstellen, aus ihrer innigen Ueberzeugung schöpfen, nur mit dem kleinen Unterschiede, daß sie dem Beschädigten die schwache an der Sache doch nichts ändernde Zugabe des Eides erlassen?

Die bayer. GO. hat in ihrer Lehre vom Würdigungseide Kap. XIII. §. 4 Nr. 3 die Grundsätze des röm. Rechtes wörtlich wiedergegeben; der Richter soll immer nach geschwornem Eide das befundene Uebermaaß mildern und auf ein billigmäßiges Quantum heruntersetzen. Wo kann er aber die Anhaltspunkte hiezu anders hernehmen, als aus einem freien Ueberblicke aller Umstände, unter denen ein Schaden zugefügt wurde? Will der Kläger von einer ihm durch Gewalt oder Betrug entzogenen Sache den Schätzungseid nicht ableisten, so determinirt der Richter nach Gelegenheit der Umstände deren Werth selbst. Anmerk. zur GO. a. a. O. litt. i. Warum also jenen verdächtigen Eid nicht gleich vorne weg aus dem Wege räumen? Im sächsischen Prozesse, wie er früher bestand, finden wir gar auf diesem Punkte ein vollständiges Schaukelsystem ausgebildet; der Kläger schwört seinen erlittenen Schaden mit dem juram. in litem hinauf, der Beklagte mit dem juram. minorationis wieder herunter, der Richter bleibt dann auf der Mitte stehen. Anmerk. zur bayer. GO. K. XIII. §. 4 litt. n. Wozu sollen noch jene beiden Eide nützen, wenn denn doch keinem von beiden geglaubt wird? Nach derselben GO. K. XII. §. 3 Nr. 2 soll ferner, wenn die Sachverständigen in ihren Gutachten unter sich abweichen, der Richter derjenigen Meinung den Beifall geben, welche ihm mit hinlänglichen und gründlichen Ursachen am begreiflichsten dargelegt ist; wie kann er sich also weigern, mit seinen Einsichten auch selbstständig in die Mitte zu treten? Die Anmerkungen zum bayer. LR. IV. 3, §§. 4—8 litt. b lassen den Richtern in gleichem Sinne die Wahl, was auch schon zur Sprache kam, wenn von einer Schätzung die Rede ist, und die beiden Schätzmänner über die Werthsangaben nicht übereintreffen, das Mittel herauszunehmen oder sonst nach Gutdünken zu arbitriren; wer könnte einem solchen Urtheile noch den Vorwurf der Willkührlichkeit machen? Ueberdies will ja auch die GO. K. XIV. §. 7 Nr. 4, daß, soviel immer nach Beschaffenheit der Sachen und Personen thunlich ist, auf ein Gewisses gesprochen werde; hiemit ist also die freie Behandlung der Condictio incerti schon im Allgemeinen vorgezeichnet und zur Pflicht erhoben. Die Anmerk. zu K. XII. §. 2 litt. k wollen die materia probationum überhaupt ad arbitrarias gerechnet sehen, wobei das

Meiste auf richterliches Gutbefinden ankomme. Im Texte selbst verordnet die GO. weiter unten noch K. XVII. §. 4 Nr. 5 und 8, bei Verurtheilungen in die Kosten solle allzeit auf ein gewisses proportionirliches Quantum gesprochen werden, und zwar, nachdem beide Theile blos ihre Verzeichnisse vorgelegt, secundum aequum et bonum auf ein dem Spruche einzuverleibendes Aversionalquantum. Dieses Aversum soll überdies in dubio allzeit mehr zu erhöhen als zu vermindern sein; die außergerichtlichen Schäden aber sollen nach Vernehmung des Gegentheiles auf ein Gewisses determinirt werden. Würde diese Lehre der beiläufigen und überhaupt genommenen Anschläge noch beobachtet, und von den Prozeßschäden auf die im Streite gelegenen Hauptschäden selbst übertragen, so müßte so ziemlich genau das dem eigenen Gutbefinden folgende Verfahren der französischen Gerichte zum Vorscheine kommen.

Allein der Aversionalanschlag, dessen die GO. bei Gelegenheit der Prozeßkosten erwähnt, ist auch in Bezug auf die ganze Hauptentschädigung in unserem Rechtsleben bereits bekannt und einheimisch; er ist als Ausnahme von der Regel der letzte Nothbehelf in allen Fällen, wo eine Schätzung nach festen Anhaltspunkten durch Sachverständige gar nicht ausführbar oder, wo solche in dem, was sie zu leisten vermöchte, sinnlos wäre. Wenn die Familie eines Getödteten von dem gewaltsamen Todtschläger ihren Unterhalt gedeckt, ihr Interesse vergütet verlangt, welche Mittel haben wir, um das, was hier angemessen ist, herauszufinden? Den freien Anschlag nach Umständen. Wenn ein Verstümmelter für seinen abgeschlagenen Arm Ersatz, ein verführtes Mädchen für die Ehre und Blüthe, um die es grausam betrogen wurde, Genugthuung, der Beleidigte für die ihm angethane Schmach eine Vergütung verlangen, wenn die verstoßene Ehefrau, das verläugnete außer der Ehe erzeugte Kind ihren Lebensunterhalt einklagen, wer gibt in all' diesen Fällen das rechte Maaß an die Hand, um das Urtheil auf eine gerechte Grundlage zu bringen? Der freie Anschlag nach den Umständen des Falles. Das bayer. LR. IV. 16 §. 6 Nr. 4—6 verordnet ausdrücklich, man solle in diesen Fällen auf die Genugthuung für erlittenen Schaden und Entgang gleichwie auf die gebührende Alimentation nach Gestalt der Personen, Proben und Umstände sprechen. Warum sollten wir dasselbe, was wir in all' diesen Fällen als letzte Aushilfe judiciren und zu arbitriren gar kein Bedenken tragen, nicht auch in erster Linie vermögen, wenn es sich um mehr körperliche Dinge, um ein abgebranntes Haus, das

verbrauchte oder vergeudete Hausgeräthe einer getrennten Ehefrau, um das verlorne Gepäck eines Reisenden, die verminderte Einnahme für eine Leistung auf dem Gebiete der Kunst, den Schaden durch verspäteten Transport, die Beeinträchtigung durch eine hinterlistige Gewerbsconcurrenz oder den Betrug an dem öffentlichen Schatze durch eine Fälschung der Stempel handelt? Pflegen doch auch deutsche Gerichte, wo die Größe eines durch vereitelten Handelsgewinn zugefügten Schadens in Frage steht, sich mit der Lieferung eines glaubhaften Nachweises im Gegensatze zum juristischen Beweise und zu dessen Erleichterung zu begnügen. (Seuffert's Archiv, Bd. X. Nr. 95.) Würde nicht jeder Einzelne von uns, in den geschlossenen Phalanx eines franz. Gerichtes eingekeilt, von dem Geiste des Ganzen mit fortgerissen, zwar Anfangs überrascht, und nicht ohne Erstaunen, aber bald mit ruhiger Gewißheit, das Rechte und Billige gleich gut mit herauszufinden, seine Stimme zu einem so ungebundenen Urtheile geben, warum sollten wir minder glücklich und weniger beherzt auf unserem heimathlichen Rechtsboden sein, ein Gleiches zu versuchen und dadurch nicht minder Vertrauen erweckende Erfolge zu erzielen? Was können wir dem Kaiser Zeno zu unserer Entschuldigung vorbringen, wenn wir sein Gebot verschmähen, was doch in dem ältesten und angesehensten unserer Rechtsbücher steht: Taxatione a Judice facta pro personarum atque negotii qualitate? Es soll hier gar nicht davon die Rede sein, daß die bayerischen Gerichte nach einem neueren Gesetze von 1850, die Haftung der Gemeinden für den bei Aufläufen gestifteten Schaden betreffend, schon dermalen verpflichtet sind und in die Lage kommen könnten, dem Art. 6 zufolge ohne auf Beweis oder Eide über den Betrag des gestifteten Schadens zurückgehen zu dürfen und ohne an Beweisregeln gebunden zu sein, ihr Urtheil über dessen Größe nach freier Ueberzeugung fällen zu müssen; in der Anwendung würden sich hiebei gewiß noch zahlreiche Schwierigkeiten hervorthun. (Anh. I. Nr. 262, 263.) Aber ein Fall aus der Reihe der wirklich vorgekommenen, der sich unten im II. Anhange Nr. 35 aufgestellt findet, drängt dennoch zu einer kritischen Bemerkung hin, die sich nicht wohl unterdrücken läßt. Wenn für den Schaden, welchen einer unter Bedingnissen vom Aerar verkauften Apotheke die vertragswidrige Zulassung einer neuen Gewerbsconcurrenz zufügte, der Fiskus in erster Instanz in 12,000 fl., in zweiter in 15,000 fl. Schadensersatz verurtheilt wurde, was ist es bei aller Gründlichkeit der weitläufigsten und ein Jahrzehnt lang fortgesetzten

Beweiserhebungen am Ende anderes, als ein kühner Griff in die geheimnißvollen Gänge einer der klaren Erkenntniß verschlossen gebliebenen Eventualität, auf gut Glück unternommen, der jenem Urtheile nach so langen Wehen zu seiner Zangengeburt verhalf? Kann man im Ernste glauben, daß damit die Wahrheit besser erreicht, ihr um eine Hand breit näher gerückt sei, als ein französisches Gericht geleistet, welches jenen Ausspruch in den ersten drei Monaten a prima facie und primo impetu auf Gerathewohl erlassen hätte? Oder in dem anderen Falle, Anh. II. Nr. 24, wo eine geschiedene Ehefrau ihre eingebrachten Mobilien nach einem Verzeichnisse von 90 Posten zurückverlangte, ihr der Beweis über das Einbringen und den Werth auferlegt und Stück für Stück von ihr geführt war, wenn hier nach Ableistung der 58 Eide, worauf nur allein die zweite Instanz erkannte, ungerechnet die in erster Instanz auferlegten, eine gewisse Summe in Gulden, Kreuzern und Pfennigen als Ersatz wäre zugesprochen worden, könnte hieran etwas reell und ernsthaft sein, und um was wäre dieselbe gewisser oder leichter annehmbar, als der freie Anschlag von 300 fl., 400 bis 600 fl. für das Ganze, auf den jedes französische Gericht ohne Beweisführung und ohne 220 Beweisartikel schon nach vier Wochen gesprochen hätte? Um nichts, wird man vielleicht sagen, aber Gewissen und Grundsatz wären dann gerettet, wir hätten ein ächt juristisches Urtheil.

Nehmen wir an, in all' den zahlreichen Fällen, in denen die franz. Gerichte schuldhaft zugefügte Beschädigungen in einen freien Anschlag bringen, hätte in deutschen Gerichtshöfen der Kläger den Würdigungs- oder Größeneid nach der GO. K. XIII. §. 4, oder nach dem bayer. LR. IV. 17 §. 6 Nr. 2 den Aestimationseid auf eine ganz unsinnig überspannte Summe geschworen, und es handelte sich nun darum, „das befundene Uebermaaß zu mildern, und auf ein billigmäßiges Quantum herabzusetzen," könnte irgend ein Richter die Erfüllung dieser ihm auferlegten so natürlichen Amtspflicht aus dem Grunde verweigern, weil ihm die Bewanderung in dem Abmessen des wahren und vollen Interesse jener Sache fehle? Sed officio judicis debet.... taxatione jusjurandum refraenari, schreibt ja das fr. 18 pr. de dolo malo (4, 3) ausdrücklich vor. Und wo könnte er den Leitstern für eine im Unstäten so wandelbar umher schweifende Abwägung anders hernehmen, wenn er sich zur Aufgabe setzte, seine Weltkunde und Erfahrungsweisheit vor dem Eintritte in die Halle seines Gerichtes von sich abzustreifen? Welch'

großen Theil von Divinationsgabe hat nicht unsere GO. den Parteien selbst zur Hebung des Steines, der auf unbekannten Größen lastet, zugetraut und zugemuthet? Weigert sich der Beklagte etwa, eine Urkunde herauszugeben, wozu er verurtheilt ist, so darf der Kläger den vermeintlichen Inhalt des Dokumentes beschwören — GO. K. XI. §. 6 Nr. 6 —; wer sagt ihm denn, was darinnen steht[7b])? Weigert sich der Inhaber einer fremden Erbschaft, den Manifestationseid zu schwören, so hat das juram. in litem gegen ihn statt — GO. K. XIII. §. 5 —, das heißt, der Kläger darf schwören, was er glaubt, daß die Erbschaft enthalten habe; wer hält ihm denn das nirgends vorfindliche Traumbild eines geheimen Inventars hiebei vor Augen? Und ein ganzes Gericht sollte in diesen und ähnlichen Fällen nicht errathen, durch die vereinigten Kräfte einer ganzen Bank geschworner Richter bestimmen, aus dem, was der Scharfsinn der Einzelnen aus den Umständen aufsaugte, geläutert wieder geben können, worin das rechte Maaß eines gestifteten Schadens und worin die gebührende Genugthuung dafür bestehe, wenn es doch von den Gesetzen berufen ist, das Uebermaaß abzuschneiden, wenn dabei Art und Zeit, Personen und andere Umstände reiflich zu Rath gezogen werden, auf welche das bayer. LR. selbst an der bereits angeführten Stelle (IV. 17 §. 6 Nr. 2) als die natürlichen Anhaltspunkte hinverwiesen hat, um jede beschworne Aestimation von Amtswegen zu ermäßigen? Der leitende Gedanke des franz. Rechtes für alle Fälle jener Art beruht offenbar in der Idee einer an sich ziehenden Subrogation des Würdigungseides, in einer Objektivirung desselben durch die an seine Stelle gesetzte Emanation aus der inneren Anschauung der Richter selbst, ohne es auf eine vorhergehende oder nachfolgende Ermäßigung nur ankommen zu lassen, in der Zulassung seines vollständigen Aufgehens in den geschwornen Pflichten und der gewissenhaften Ueberzeugung einsichtsvoller und völlig unparteiischer Richter. Wie kann man gegen diese Auffassung der Sache, ihren praktischen Werth und ihre Folgen noch etwas Gründliches einwenden, wenn der Eid, mit dem sich eine Partei selbst ihr Recht und ihren Schadensersatz zu- oder der anderen abschwört, nach einer bekannten Erfahrung die leichtfertigste und werthloseste, die gewiß am wenigsten Vertrauen erweckende Probe von allen ist[7c])?

7b) Vgl. oben Abschnitt IX. Note 10 (S. 421).

7c) Arndts bemerkt in seinem Lehrbuche der Pand. (III. Aufl.) zur actio leg. Aquil. im §. 206: „Die Bestimmung des Umfanges solchen Verlustes

Die maaßgebenden Gesichtspunkte sind also hier wie dort dieselben, die Grundregeln, woraus die französischen Gerichte ihre freie Ausmittlung des Schadensersatzes schöpfen, stehen auch in unseren Rechtsquellen offen und sind den beiden Rechtsgebieten gemeinschaftlich. Wenn die Gesetze dafür günstig sind, was steht dem deutschen Richter noch im Wege, sich auf dieselbe Höhe des Arbitrirens von Schäden und Interesse zu schwingen? Nichts als der Geist einer gewissen juristischen Zaghaftigkeit und Haarspalterei [7d]). Alle Rechtsprechung, die französische wie die deutsche und jede andere, entwickelt sich immer aus dem harmonischen Zusammenwirken zweier Elemente, eines gebundenen und eines ungebundenen. Jenes besteht in der Anwendung der Gesetze, dieses in dem freien und vernünftigen Ermessen der Urtheilsfinder nach den Grundsätzen des Rechtes und der Billigkeit. Die Anleitung für eine solche Concurrenz ist in beiden Rechten dieselbe, nur hat der französische Gerichtsgebrauch die Gränzlinie für dieses Recht- und Gutbefinden nach selbstständiger Anschauung ziemlich weit über diejenige hinausgerückt, hinter welcher sich die deutsche Bedachtsamkeit halten zu müssen glaubt. Diese Bemerkung gilt hier nicht vereinzelt, sie läuft durch das ganze System hindurch [8a]).

---

und demnach zu leistenden Ersatzes hängt vom billigen Ermessen unter Beachtung der besonderen Gestaltung der Verhältnisse im einzelnen Falle ab." Seuffert's Commentar zur bayer. GO. (II. Aufl.) Bd. III. S. 418 macht im wesentlichen dieselbe Bemerkung.

7d) Die vorstehenden Vergleichungen führen zu einem vielleicht überraschenden Folgesatze hin. Wenn heute das ordentliche Rechtsmittel der Revision für Bayern durch einen Zusatz zur GO. in den Cassationsrecurs auf franz. Fuße umgeschaffen würde, und von morgen an ein bayer. Appell.-Gericht die ganze Serie von 120 Urtheilen erlassen hätte, welche der I. Anhang in seiner VII. Gruppe (Nr. 207—324) aufstellt, so könnte keines derselben cassirt werden, weil keines gegen die dermalen geltenden Gesetze verstößt, alle vielmehr dem Wortlaute wie dem Geiste derselben angemessen sind. Reformirt würden sie dagegen für jetzt gewiß alle.

8a) Alles, was Schlink in seinem Commentar über die Behandlung des franz. Entschädigungsprozesses anführt, reducirt sich auf folgende, Bd. II. §. 395 Nr. 2 vorfindliche Bemerkung: „Der Richter wird nur alsdann den Schadensersatz selbst liquidiren, wenn er aus den Erklärungen und Beweisstücken der Parteien, sowie aus seiner eigenen Erfahrung den einer derselben erwachsenen Nachtheil oder den ihr entgangenen Gewinnst berechnen kann. In den meisten Fällen läßt sich dies durchaus nicht mathematisch ermitteln, und es tritt daher richterliche Ermäßigung ein, der allerdings viele Willkühr zum Grunde liegt, so daß der Staat darauf sehen muß, nur Männer von

Gehen wir von diesen allgemeinen Betrachtungen mehr auf das Einzelne der Sache über, so eröffnet sich für den Ideengang eine neue Reihenfolge von Bemerkungen.

1) Wie man sich auf den ersten Anblick überzeugen kann, hat das Recht auf Schadensersatz, und die Pflicht, für den gestifteten Schaden zu haften, im franz. Rechte eine viel weiter reichende Spannkraft, als das deutsche Civilrecht auf diesem Gebiete zu entwickeln vermöchte und auch zu ertragen im Stande wäre. Die Haftung für Bedienstete und Stellvertreter aller Art, für Hauskinder und Pfleglinge, welche mit dem Brodherrn, Vater oder Vormund solidarisch genommen und identificirt sind, auch ohne daß den letzteren ein besonderes Verschulden zur Last fiele, die Rechtsvermuthung, daß diese den Schaden durch bessere Wahl oder größere Aufmerksamkeit hätten verhüten können, der vorherrschende Gesichtspunkt der Actio quasi institoria für alle durch Mittelspersonen zugefügten Schäden, die Haftung des Eigenthümers für Thiere und schadhafte Gebäude ohne den besonderen Nachweis einer Unachtsamkeit, die Verantwortlichkeit des Miethbewohners für ein in seiner Wohnung ausgekommenes Feuer, insolange er nicht den Zufall oder einen ihm fremden Anlaß beweist, sind Alles Folgesätze aus einem natürlichen Rechtsgrundsatze, den aber die deutsche Rechtslehre als zu strenge bemessen weit von sich zurückweist. Die Herrschaft jener Rechtsvermuthungen für die mittelbare Urheberschaft des Schadens verleiht der Haftbarkeit für den Ersatz desselben im französischen Rechte gewiß einen ebenso starken Nachdruck, als die Leichtigkeit, das Verschulden und die Größe der Beschädigung zu beweisen. Auf der anderen Seite steht dem verunglückten Arbeiter im fremden Dienste eine gewiß wohl verdiente und schnelle Hilfe in Aussicht, um die er sich anderwärts erst lange, und zuletzt meistens dennoch vergebens herum zu streiten und abzumühen hätte. (Anh. I. Nr. 211, 217—219, 222—226, 239—244.)

2) Der klare und durch kleinliche Beweisregeln nicht getrübte Einblick der Richter in den ganzen Verlauf und Zusammenhang eines Vorfalles setzt dieselben in den Stand, die verschiedene Betheiligung an den Ursachen eines dabei entstandenen Schadens genau zu erkennen und richtig zu würdigen, um auf solche Weise jeden Theil desselben an eine verhältnißmäßige Mitwirkung zu den

reifer Erfahrung und Umsicht zu Richtern zu berufen, weil sonst eine Partei durch Verurtheilung zu einer übertriebenen Entschädigung leicht ruinirt, oder der Gläubiger, falls er nicht das ihm Gebührende erhält, verkürzt werden kann."

schuldhaften Anlässen anzuknüpfen. Auf diese Weise findet das concurrirende Verschulden seine befriedigende Lösung durch die Aufstellung gewisser Verhältnißzahlen und eine Vertheilung des Schadens nach denselben. Das österreichische Gesetzbuch hat im §. 1304 diese Regel auch in sich aufgenommen; bereits das römische Recht fand sie natürlich in fr. 51 §. 2 ad leg. Aquil. (9, 2): ... cum neque impunita malitia esse debeat, *neque facile constitui possit,* uter potius lege teneatur. Der gemeinrechtliche Satz, den auch das bayer. LR. IV, 1 §. 18 Nr. 4 wiedergibt, daß derjenige, der an seinem erlittenen Schaden selbst mit Schuld trägt, ihn von einem Dritten nicht ersetzt verlangen könne, ist weder logisch noch juristisch haltbar und vielmehr eine neue Huldigung für den Zufall. Wenn zwei Personen durch ihr wechselseitiges Verschulden ein Ereigniß herbeigeführt haben, wobei der eine beschädiget wird, so sind beide gewiß in Bezug auf den Ersatz dieses Schadens correi debendi, denen das beneficium divisionis nicht entgehen kann; nach natürlichen Prinzipien muß daher dem Richter obliegen, die Tragung der Nachtheile, wie bei der lex Rhodia de jactu unter ihnen auszugleichen, dem unglücklichen Opfer desselben wenigstens theilweise, soweit er es verdient, zu seinem Rückersatze zu verhelfen. (Anh. I. Nr. 228, 233, 234, 242, 243.)

3) Die bürgerliche Haftbarkeit für Schäden und Interessen, für die volle Genugthuung ist mit ihren weit um sich greifenden Wirkungen im französischen Privatrechte ein sehr wichtiges Repressivmittel für Unrecht und Fahrlässigkeit; man kann sich nicht wohl darüber täuschen, daß dieselbe auf halbem Wege zwischen der Vergehensstrafe und der Verfolgung von Vermögensrechten, zwischen der actio poenalis und rei persecutoria in der Mitte steht. Die heilsame Strenge, mit welcher die bürgerliche Rechtspflege hier zu Werk geht, verleiht den wirksamsten Schutz gegen schuldhafte Verletzungen, welche das Strafgesetz nicht wohl in seinen Bereich ziehen kann. Vor Allem ist es der moralische Schaden, der verletzende Eindruck auf die Empfindung und das Gemüth des Verletzten, der hiebei seine gerechte Würdigung findet, obwohl natürlich den Gerichten keine anderen Mittel zu Gebote stehen, als denselben in einer Genugthuung zu Geld anzuschlagen [8b]).

8b) Nach Art. 1142 C. N. löst sich jede Verpflichtung, etwas zu unterlassen, für den Zuwiderhandelnden in eine Haftung für die volle Genugthuung auf. Hieraus scheinen die Gerichte ihre Ermächtigung herzuleiten, auch solche Vernachlässigungen der Vorsicht und schuldigen Aufmerksamkeit in einen Geldanschlag

Die freche Ehrenkränkung findet hier ihre wohlverdiente Züchtigung; kein Mittel ist so heilsam, den übermüthigen Frevler im Zaume zu halten und an ihm eine gerechte Wiedervergeltung zu üben, als die Verhängung einer kräftigen und perennirenden Geldbuße als Privatgenugthuung, die durch die fortwirkende Entbehrung in seinem Vermögen ihre Bitterkeit auf alle Zeiten hinaus fühlbar macht. Die ganz nutzlose und subtile Unterscheidung zwischen der erlittenen Kränkung an der Ehre und dem Schaden am Vermögen, zwischen aestimatio injuriae und damnum injuria datum findet sich mit vollem Rechte bei Seite gesetzt; beide fließen in eine unzertrennte Summe zusammen, welche gewiß jeder der hiebei zusammentreffenden Rücksichten ihre volle Rechnung trägt, aus dem nämlichen Säckel kömmt, in den nämlichen hinüber wandert [9a]). Auf diesem Wege der solidarischen Vereinigung sind die Genugthuung für die erduldete Ehrenkränkung, das Schmerzengeld, die Verstümmelung oder Entstellung am Körper, der Jammer der unglücklichen Verführten, die geopferte Unschuld des mißbrauchten Kindes, der Schmerz der verlassenen Wittwe, die Hilflosigkeit der verwaisten Kinder, Alles ganz gleichartige und in einander übergehende Titel, um mit einem zusammenfassenden Durchgriffe all' dasjenige zu erschöpfen, was als die volle Genugthuung zum Ersatze und zur Wiedervergeltung in jedem Falle geeignet erscheint. Niemand denkt daran, zwischen einer poena publica und privata einen Scheideweg zu ziehen, die eine durch die andere ausschließen zu lassen; das Strafurtheil, wenn gleich auf die Anzeige des Beschädigten ergangen, behält den Schadensersatz in jenem weiteren Sinne immer vor; der letzte ist nebenbei eine heilsame Zugabe zu der öffentlichen Strafe, der ihrer Bestimmung einen bedeutenden Nachdruck verleiht. (Anh. I.

---

zu bringen, welche einen Schaden am Vermögen gar nicht zufügten. Daher wird das Herzenleid und der Kummer für ein verlornes Kind den betrübten Eltern in einer Geldsumme zugesprochen, da die Rechtspflege ihnen nicht auf andere Art zu einer privativen Wiedervergeltung zu verhelfen weiß. (Anh. I. Nr. 245.)

9a) Das Journal des Débats, bekanntlich die erste franz. Zeitschrift, ausgezeichnet durch Gediegenheit, Mäßigung und Freisinnigkeit, beklagte sich in seinen Blättern vom 17. und 18. Juli 1858 bitter über die Geringfügigkeit der Genugthuungssummen, mit welchen die franz. Gerichte, abweichend von den englischen, die Verunglimpfungen durch die Presse beahndeten. Das einfachste und wirksamste Mittel, diesem Mangel der Preßgesetzgebung abzuhelfen, bestehe darin, meint dasselbe, wenn die Gerichte sich gleich den englischen Geschwornen zu derselben Strenge in der Lehre der actio injur. aestim. verstünden, und das Vergnügen, seinen Nächsten herabzuwürdigen, dem Urheber recht verderblich machten.

Nr. 251—255.) Wenn aber je Etwas, so sind es gewiß dergleichen verworrne Injurienhändel, welche verdienen, halb und halb das Schicksal des gordischen Knotens zu befahren [9b]).

4) Der Schadensersatz ist im franz. Rechtssysteme vor Allem ein wirksames Repressivmittel, eine Art Privatbuße für Arglist und bösen Glauben, für unlautere Absichten und ersonnene Ausflüchte, für die launige Wetterwendigkeit eines Schuldners und den späteren Wankelmuth nach gegebenem Worte, für den Bruch der Verträge und der heiligsten Verpflichtungen des geschäftlichen Verkehres. Die deutsche Rechtspflege steht hier weit zurück, sowohl in dem Eifer des Bestrebens, wie in dem Ausfalle seiner Früchte, dem guten Glauben und der ehrenhaften Treue in der Erfüllung genommener Abreden und eingegangener Verbindlichkeiten durch eine kräftige Einwirkung jenen Antrieb zu verleihen, auf welchen der redliche Verkehr einen so gerechten Anspruch machen kann. Was ist auch der leichtfertige und unbekümmerte Vertragsbruch Anderes, als ein unverantwortliches Vergehen wider Treue und Glauben im Privatrechte? Was ist der hinterlistige und schlau verkleidete Eingriff in eine fremde Gewerbsbefugniß, die täuschende Nachahmung von Fabrikzeichen, der an der ganzen Klasse der Abnehmer dadurch gespielte Betrug, der verringerte Absatz des redlichen Gewerbsmannes, der Nachdruck und andere Schmälerungen des literarischen, künstlerischen oder industriellen Eigenthumes, was sind sie Anderes, als Vergehen an dem Wahrheitsfrieden der Ehrlichkeit, an der gewiß legitimen Weltherrschaft des guten Glaubens? Wenn die Strafgewalt aus guten Gründen nicht nöthig findet, ihren Arm bis dahin auszustrecken, soll darum die Civilrechtspflege auch müßig bleiben, den Störungen und Angriffen, den Streifzügen der Eigenmacht und Willkühr ruhig und ungerührt von dem bitteren Gefühle des Verlustes, von dem Aergernisse, das das siegreiche Unrecht gibt, mit übereinander geschlagenen Armen zusehen? Die Forderung der Gerechtigkeit ist gewiß eine höhere, eine überschwängliche, sie kann sich in der Ehre und dem Gewissen der Richter durch die ärmlichen

---

9b) Das ängstliche Streben nach Specialität in unseren Injurienprozessen scheint aus den ältesten Zeiten herzustammen. Schon V. Kreittmayr sagt in seinen Anmerk. zum alten Cod. crim. I, 8 §. 9 litt. d: „In keiner Sache gehen die leges Bajuvaricae so specifice, als bei den Realinjurien; fast jede hatte ihren besonderen Namen, und wurde z. B. eine blaue Runst am Kopfe Gabulskini, eine Verletzung am Ohr Lidscharti, am Fuße Taudregil, u. s. w. genannt."

Bedenklichkeiten über formelle Mängel, über eine Unsicherheit des Anschlages, den flüchtigen Bestand eines Verlustes, über das Unerfaßliche der Größe des Schadens, das Ungewisse der vereitelten Hoffnungen nicht zurückhalten, nicht zur Unthätigkeit verleiten, zur Verweigerung ihres Amtes verurtheilen lassen. Der beiläufige Anschlag ist hier der einzige offenstehende Ausweg zu dem Ziele aller Gerechtigkeit; kein Bedenken ist stark genug, um ihn abzusperren oder an der Einmündung vor den Gefahren seiner Betretung zurückzuschrecken. Eine Gewißheit ist hier freilich nicht zu erstreben, aber sie braucht auch nicht gerade vorzuliegen. Sollte auch den Schuldigen oder Schuldner die billig bemessene Höhe des freien Anschlages noch immer zu schwer treffen, so hat er sich das Uebermaaß gewiß nur selbst zuzuschreiben; ein dem Wahren nur annäherungsweise an die Seite tretendes Urtheil ist für die rechtliche Ordnung der Dinge immer gewiß noch um Vieles besser, als gar keines, als die Versagung aller Gerechtigkeit, weil es dem Richter unmöglich sei, bis auf den Grund zu sehen. Für die betrügliche Uebervortheilung und die Abwägung des Schadens hat das fr. 78 de Reg. Jur. die ebenso einfache als natürliche Lehre gegeben: Cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non potuerit, considerandum est. Wie ließe sich aber dasjenige, um dessen Erwerb Jemand durch fremde Hinterlist gebracht ist, auf andere Art ermitteln, wenn ein freier Ueberblick aller Umstände des Falles das Wahrscheinlichste nicht an die Stelle der unergründlichen Gewißheit setzen dürfte? (Anh. I. Nr. 285, 286, 291—302) [10a]). Selbst das bayer. LR. in seinem verengten Gesichtskreise nach dem Stande der Rechtsgelehrsamkeit im vorigen Jahrhundert kömmt uns auf diesem Wege mit seinen Vorschriften über die Aquilische Klage zu Hilfe. Nach demselben IV, 16 §. 6 Nr. 9 soll in der Schätzung des Schadens bei dem Anschlage unzeitiger Früchte die Rücksicht auf das, was man wahrscheinlicher Weise davon zu Nutzen gebracht hätte,

---

10a) Das bayer. Gesetz v. 15. April 1840, den Schutz gegen Nachdruck betreffend, bestimmt im Art. VI, wer ein Erzeugniß der Literatur oder Kunst rechtswidrig veröffentliche oder nachbilde, habe dem Beeinträchtigten volle Entschädigung zu leisten. Eine k. Verordnung v. 6. März 1840, die Nachahmung der Fabrikzeichen betr., behält im §. VIII. Nr. 2 dem betheiligten Fabrikanten die civilrechtliche Geltendmachung seiner Entschädigungsansprüche bevor. Wo findet sich aber ein Modus, um dergleichen Schäden zu liquidiren? Im jetzigen Verfahren nirgends; wie die Sache anzugreifen sei, zeigen die Beispiele des I. Anh. Nr. 288—290, 311—322 ebenso einfach als klar.

nicht völlig bei Seite gesetzt, sondern dieser Nutzen, wie die Anmerk. unter Nr. 6 litt. c erläuternd beifügen, in billigmäßige Betrachtung gezogen werden. Was ist aber das Interesse an einem verspäteten Waarentransporte, die unterbliebene Vorstellung einer Oper, die Nachahmung von Fabrikzeichen auf Waaren und Aushängschilden Anderes, als das Zerstören unzeitiger Früchte, die Verhinderung ihrer in Aussicht stehenden Ernte? Und wohin ist in all' jenen Fällen die billigmäßige Betrachtung, wie viel der Beschädigte davon wahrscheinlichermaaßen zu Nutzen gebracht hätte, in den Rechtssprüchen deutscher Gerichte entschwunden? Schon das fr. 12 de A. E. V. (19, 1) hatte verordnet: Si jactum retis emero, et jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei aestimandum est. Si quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit. Zu der ersten Alternative bemerkte die Glosse: agam ad interesse, *et quantum est verisimile quod caperet;* quod est secundum quod consueverit ibi capi. Jeder Schaden der hier berührten Art ist nichts Anderes, als ein solch' verkaufter Fischzug. Die Prozeßkosten sind doch augenscheinlich auch nichts Anderes, als ein dem siegreichen Gegner durch den ungerechten Widerstand zugefügter und wieder gut zu machender Schaden, und dennoch soll nach GO. K. XVII. §. 4 Nr. 8 ihr Quantum bei dem Ausspruche per aversum allzeit mehr erhöht als vermindert werden; warum sollte es in anderen Fällen des Schadensersatzes unerläßlich sein, immer mit einer nutzlosen formalen Pünktlichkeit zu Werke zu gehen?

Das Prinzip dieser Haftung für jede verübte Arglist ist in der franz. Jurisprudenz die Quelle solcher Verpflichtungen, welche in den Gesetzen gar nicht besonders berührt oder entwickelt sind; so namentlich für die Deflorationsklage. Das einfache Versprechen der Ehe ist natürlich unverbindlich und auch die außereheliche Schwängerung, wenn die Hingebung freiwillig erfolgte, zu nichts verpflichtend. Sobald aber täuschende Kunstgriffe und namentlich das Versprechen der Ehe angewendet wurden, um eine Verführung zu erstreben und den guten Glauben zu überlisten, mag solches auch vielleicht Anfangs ernst gemeint gewesen, aber später wieder treulos gebrochen worden sein, so tritt die Verpflichtung zum Schadensersatz nach den allgemeinen Grundsätzen in ihre volle Wirksamkeit zurück. (Anh. I. Nr. 245—248, 325.)

5) Sehr praktisch finden wir den Schadensersatz in der franz. Jurisprudenz nach Anleitung des Art. 1142 des C. Nap. als

Antrieb für die Erfüllung der Verbindlichkeit zum Handeln oder zum Unterlassen benützt; es läßt sich kein kräftigeres Vehikel denken, als in solchen Fällen sogleich das wahre Interesse als eine dem Gegner gebührende Vergütung für den Saumsal nach Tagen, Wochen und Monaten in einem Urtheile neben einander aufgestellt zu finden und der Durchführung auch gewiß zu sein. Unsere Geldstrafen von 5 bis 10 und noch mehr Thalern sind nur blinde Schreckschüsse, die nie vollzogen, sondern in der Regel wieder zurückgenommen werden, wenn der Gegner Gehorsam leistet oder sonst eine Ausflucht ersinnt, was Jedermann zum Voraus weiß; welche Wirkung läßt sich alsdann noch von ihrer Androhung erwarten? Wer einen Vertrag abgeschlossen oder einen neuen Industriezweig eröffnet hat, der könnte leicht mit dem anderen Theile oder seinen Gewerbsgenossen im Voraus eine Conventionalstrafe verabreden, in welche jeder verfallen sein soll, der sich wortbrüchig seiner Zusage wieder entziehen wollte; würde man an der Gültigkeit eines solchen Vertrages zweifeln können? Liegt aber eine solche Uebereinkunft nicht in Mitte, so muß den Gerichten selbst unbenommen bleiben, durch ihre Dazwischenkunft die Folge, welche sie nach sich ziehen soll, ergänzend beizufügen. Der Gesichtspunkt des Schadensersatzes ist in all' solchen Fällen weit natürlicher und annehmbarer, als der einer wirklichen Strafe, an den sich immer der Hintergedanke einer Beahndung des Ungehorsames knüpft, und zu dem die Civilgerichte nur mit einem leicht erklärbaren Widerstreben sich zu verstehen pflegen. (Anh. I. Nr. 273, 290, 296, 297, 299, 311, 320 u. 321.)

6) Mit dem eigentlichen Schadensersatze hat die nächste Verwandtschaft und folgt daher auch ganz gleichen Grundsätzen die aestimatio rei, der Anschlag einer Sache oder einer Mehrheit von Sachen, welche nicht mehr beigeschafft werden können, oder deren Herausgabe hartnäckig und ohne Grund verweigert wird. Das Interesse an ihrem Besitze rückt hier von selbst an die Stelle der Sache; quanti ea res est und quanti eam rem esse paret, soll nach der Lehre der fr. 179 und 193 de V. S. (50, 16) ganz ein und dasselbe bezeichnen. Das bayer. LR. IV, 16 §. 2 verordnet das Nämliche mit klaren Worten; wenn der Delinquent die Sache, welche er durch sein Vergehen an sich gebracht hat, nicht mehr in dem nämlichen Stande beizuschaffen vermag, so soll er zur Vergütung ihres Werthes, wie nicht weniger zur Indemnisation aller anderen etwa hierum erlittenen Schäden und Kosten angehal-

ten werden. Für solche Schätzungen und die Ermittlung des vollen Interesse ist die collective Werthsbestimmung, der Anschlag in Bausch und Bogen besonders in jenen Fällen ganz unentbehrlich, wo es sich um die Vergütung einer universitas rerum, einer ganzen Menge einzelner Stücke, das Gepäcke eines Reisenden oder den Inhalt einer Waarenkiste, das Verzeichniß einer Hauseinrichtung oder das bewegliche Einbringen einer Ehefrau, den Inhalt eines abgebrannten Hauses oder die Ausrüstung eines Gewerbsbetriebes oder auch um die fehlenden Stücke eines in Kauf gegebenen eingerichteten Gutes handelt, weil derselbe, wie schon oft bemerkt, der einzig mögliche, der einzig natürliche ist; denn mit der Sache selbst sind die Beweise über ihren Werth und Bestand gewöhnlich für immer zu Grund gegangen. Ohne diese freie Schätzung muß hier das richterliche Urtheil sich auf jedem Schritte in ein Netz von Kleinigkeiten und Subtilitäten verwickeln, die dasselbe nicht unverdient dem Spotte des gesunden Menschenverstandes blosstellen. Alles, was sich hierüber weiter sagen ließe, tritt zurück hinter dem Eindrucke, den eine Vergleichung der beiden Fälle Nr. 273 des ersten und Nr. 24 des zweiten Anhanges auf jedes unbefangene Urtheil hervorbringen muß. Achtundfünfzig Eide auferlegt wegen eines Hausgeräthes, das nicht auf 1000 fl. angeschlagen war, und worüber sich zuletzt auf 300 fl. verglichen wurde! Und um wie viel wäre dadurch der Wahrheit näher gerückt, wenn jene Eide wirklich zur Ableistung gekommen? Die gemeine Meinung äußert sich ganz unverhohlen dahin, der Anschlag in Bausch und Bogen sei als ein nicht juristisches Erzeugniß der Willkühr den Gerichten für immer verschlossen; nach deutschen Begriffen gilt die ausgespitzteste Accuratesse für das Erbtheil und einen eminenten Vorzug des gerichtlichen Urtheiles. Das Gegentheil hievon ergibt sich indessen ziemlich klar aus §. 28 Inst. de rer. divis. (2, 1). Wenn die Getreidhaufen zweier Personen zufällig zusammen geworfen wurden, wer soll sagen, was dem Einen und wie viel dem Anderen hievon gehörte? *Arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet*, quale cujusque frumentum fuerit. Und angenommen, er wäre uns verschlossen, warum findet sich Niemand, um dem richterlichen Urtheile diesen Ausgang wieder zu eröffnen? Wie will denn der Reisende den Inhalt seines abgeschnittenen Koffers, und wie der Fuhrmann die Probehaltigkeit seiner Verpackung beweisen, wenn den Umständen hier kein durchschlagendes Gewicht beigelegt wird? Sollte etwa jener beim Einpacken, und dieser beim Aufladen sich von einem

Notar und Zeugen begleiten lassen, um den juristischen Beweis, der ihnen später nöthig werden kann, gleich in der Brieftasche mit sich herumzutragen? Oder kann man glauben, die französischen Gerichte besäßen einen Stein der Weisen, der ihnen in jedem Falle die verlorne Masse jener Gegenstände, die sie in Schätzung bringen, in einem Zauberspiegel vorzeige? Der einzige Leitstern, den sie hierüber zu Rath ziehen, ist die gemeine Erfahrung des Lebens, und dieser schwebt auch unseren Augen gleich gut vor, wie den ihrigen. Die Nebensache im Prozesse, Früchte und Aufwendungen, Verbesserungen und Verschlimmerungen einer in fremdem Besitze gewesenen Sache werden von ihnen in der Regel auf demselben Fuße nach einem billig bemessenen Aversum zuerkannt, wie solches die klar ausgesprochene Absicht der bayer. GO. von den Prozeßkosten ist. Welche riesenhaften Prozesse, welche vereinzelten Beweisauflagen und bis in's Aschgraue überladenen Beweisführungen finden nicht wir dagegen auf diesem Felde alle Tage in der Praxis der deutschen Gerichte, und was ist am Ende die Ausbeute so nutzloser Mühen und Kosten? Selbst die bayer. GO. läßt sich anrufen, um überzeugend darzulegen, wie groß der Irrthum der Gerichte sei, welche glauben, das Zuerkennen eines Aversums, der Anschlag in Bausch und Bogen sei ihnen unzugänglich. Von allen Inbegriffen einer ganzen Masse verschiedenartiger Sachen ist gewiß eine ganze Erbschaft der wichtigste und gewöhnlich am meisten verzweigte; eine solche kann überdies leicht den Betrag von hunderttausend Gulden erreichen und übersteigen. Gerade hievon verordnete aber die GO. K. XX. §. 17 Nr. 5 in Bezug auf die Zulassung zum ordentlichen Separationsrechte, wenn zwei Erbschaften vermischt seien, die einer Ausscheidung bedürfen, so solle zwar cum cognitione causae und mit Zuziehung aller interessirten Theile verfahren, im Uebrigen aber, wo kein legales Inventarium vorhanden sei, die Sache nach richterlichem Gutbedünken der Billigkeit gemäß geschlichtet werden; die Anmerkungen hiezu fügen ausdrücklich bei, „die Separation sei freilich schwer, man pflege aber auch in solchen Fällen nicht Alles eben so genau bei der Pfefferwaag zu nehmen, sondern verfahre ex arbitrio et aequitate.“ Wie kann man sich nach dieser Anleitung noch jenes Urtheil mit seinen 220 Beweisartikeln und 58 Eiden erklären? Hat uns ein unseliger Gerichtsgebrauch nicht überall die Pfefferwaage auf- und in die Hand gezwungen? (Anh. I. Nr. 262—271; 278—280.)

7) Findet die Größe des Schadens ihre freie Beurtheilung

in dem vernünftigen Ermessen der Richter, so muß auch der Art und Gestaltung seines Ersatzes dieselbe ungehinderte Beweglichkeit des Urtheiles hierüber verliehen sein. Eine feste Geldsumme wird zwar immer die ganz natürliche Regel bilden müssen; allein an deren Stelle kann häufig, wo der Unterhalt des Beschädigten in Frage steht, eine zeitliche oder auf Lebensdauer zugesprochene Rente treten; ist die Größe des erlittenen Schadens noch nicht vollkommen zu überschauen, so kann die angemessene Aenderung oder Vermehrung in einem späteren Urtheile vorbehalten werden. Die Entschädigungssumme kann unter mehrere der Berechtigten gleich oder ungleich vertheilt, es kann ihr Rückfall vorbehalten werden, wenn derjenige, dem sie gebührt, binnen einer gewissen Zeit sterben sollte; denn dieser glückliche Zufall muß auch dem Verurtheilten, wie bei einer Leibrente, wieder zu gute kommen, er ist hierin gewiß den Erben des Beschädigten vorzuziehen. Sind Minderjährige betheiliget, so kann gleich das Prozeßgericht aus obervormundschaftlichen Rücksichten die Art der Anlage des Kapitales verordnen, um es denselben zu erhalten; ebenso kann dasselbe auf eine runde Summe oder eine Leibrente nach Wahl des Verurtheilten erkennen; sind auf beklagter Seite mehrere Personen an der Stiftung des Schadens betheiliget, so kann das Gericht einen in der Hauptsache verurtheilen, und dem entfernter stehenden, z. B. dem Fabrikanten eines schlecht gebauten Eilwagens die Gewährschaft hiefür, d. i. den Rückersatz an den Hauptbeklagten ganz oder zu jedem billigen Theile auferlegen. All' dieses sind Punkte, auf die sich der deutsche Richter in seiner vermeintlichen Gebundenheit an die Begehren einer Klage einzugehen nicht getrauen würde. Daß indessen hierin nichts Neues und Disharmonisches für die deutsche Rechtspflege enthalten sei, läßt sich aus demjenigen beweisen, was die Anmerkungen zum bayer. LR. IV, 16 §. 6 Nr. 7 litt. b schon vor 100 Jahren nach der Meinung Stryks anempfahlen: Unde hoc porro monendum duco, ob hanc incertitudinem vitae tali casu *consultius esse*, ad annua quaedam subsidia laeso praestanda condemnare laedentem, donec ille moriatur. (Anh. I. Nr. 218, 219, 221, 224, 225, 227, 234, 242 u. 246.)

8) Eine wesentliche Bedingniß, unter der allein eine so schnelle und fruchtbare Förderung der Gerechtigkeit in der Vergütung zugefügter Schäden möglich ist, besteht in dem Verfahren selbst, seinem natürlichen und summarischen Gange, in der vereinigten Würdigung aller Punkte der That- und Rechtsfrage zu gleicher

Zeit und in einem Urtheile, nicht zersplittert durch die störsamen, allen genauen Ueberblick verschiebenden Absätze von Schriftenwechsel und Beweisverfahren, Beweisführung und Eidesleistung; die erste und unerläßliche Bedingniß ist vor Allem das kostbare Element der mündlichen Verhandlung der Sache, die offene Weise, wie solche gepflogen wird, und die Zuständigkeit jener Freiheiten der richterlichen Forschung, welche sich daran anknüpfen. Durch dieses einfache Mittel allein wird mehr Licht über den wahren Verlauf eines unheilbringenden Vorfalles, über den Anlaß der Beschädigung und die Theilnahme der darin verflochtenen Personen, über die Verkettung von Ursachen und Wirkungen, sowie über den wahren Bestand und Umfang des daraus hervorgegangenen Schadens verbreitet, als mit all' unseren Streitschriften und Beweisführungen, Artikeln und Responsionen, Zeugen und Sachverständigen, Durchschnittsrechnungen und Eiden, und was dergleichen formalistische Behelfe mehr sind, nur zum kleinsten Theile möglich ist. Soviel muß man unbedenklich zugeben, daß aus der dickleibigen und verschrobenen Aktenlage unserer heutigen Prozesse, mit Hemmnissen aller Art aufgespickt, aus dem planmäßigen Rückhalte beider Anwälte, aus dem ständigen Streben, so dunkel als möglich zu bleiben, um alles Licht erst aus der Blendlaterne zweideutiger Beweismittel einfallen zu lassen, vor Allem bei der ganz unnatürlichen Umdrehung der geraden Ordnung, in welcher zuerst die That- und dann die Rechtsfragen sich zur Prüfung darbieten, und dem mißlichen Wahne unserer Richter, keinen Aufschluß von Amtswegen einziehen zu dürfen, — soviel ist gewiß, daß unter so ungünstigen Umständen das Verschulden nie richtig aufgefaßt, seine Folge nicht genau erwogen, die Haftbarkeit für Schaden weder von Grund aus erforscht, noch das richtige Maaß seiner Vergütung begränzt und festgestellt werden könnte. Gerade in Sachen dieser Art, die mit wahren Strafsachen ohnedies in sichtbarer Verwandtschaft stehen, bewähren sich die Vorzüge der mündlichen Verhandlung, aber einer offenen ehrenhaften Verhandlung am besten. Die freie Darlegung und die kunstlose Entwicklung der ganzen Geschichte, wie sich die Beschädigung zutrug, die Beleuchtung der Sache von allen Seiten her durch die freie Herrschaft des freien Wortes, die Aufhellung der früheren Vorgänge, der Beweggründe und Handlungen, der Folgen und Mittel, sie wieder abzuwenden, das Zusammentreffen dieses Strebens von beiden Seiten, und die Vergleichung seiner Grundhaltigkeit wird hier mehr als irgendwo sonst von selbst und un-

widerstehlich für die Richter zu einem unmittelbaren Beweisgrunde und zu einem so eindringlichen Hilfsmittel der Ueberführung, daß hieraus allein sich erklären läßt, warum in so seltenen Fällen der Zugriff auf die Erhebung wirklicher Beweise nöthig wird. Die schon vorliegenden Beweisbehelfe werden mit den beiderseitigen Anführungen verglichen und sorgfältig benützt, ohne das ängstliche Bedenken, ob auch die Art ihrer Erhebung den strengen Formen des Civilprozesses entspreche; bleibt aber noch irgend ein Zweifel im Hintergrunde, so muß derselbe erst gehoben sein, ehe zur Beurtheilung der Folgen übergegangen wird. Bei keiner anderen Klasse von Streitsachen tritt die präjudizielle Eigenschaft des Sachverhaltes und seiner Feststellung vor der Anwendung der Rechtsgrundsätze als natürlich und nothwendig mit solcher Evidenz hervor, als bei dem Entschädigungsprozesse; schon die Bezeichnung der beschädigenden Handlung als ein Vergehen des Privatrechtes drängt den Streit hierüber vermöge einer unabweisbaren Analogie auf die Linie der Strafsachen hinüber. Eine lange und reife Erfahrung sollte uns längst überzeugt haben, daß es durchaus unmöglich ist, die verschiedenen Grade des Verschuldens, das zu vertreten ist, im Gegensatze zum entlastenden Zufalle oder der unabwendbaren Gewalt, wozu auch das Verschulden eines Dritten gehört, von vorne herein einem so vielseitig gegliederten und so scharfsinnig berechneten Systeme von Regeln zu unterwerfen, daß dieselben in jedem Falle ausreichen, was das Rechte und was das Billige sei, aus der Anlegung dieses Maaßstabes herauszufinden. (Vgl. oben S. 297.) Das allein natürliche und zu einem vernünftigen Ziele hinführende Auskunftsmittel kann nur auf die einfache Anleitung des bayer. LR. IV, 1 §. 20 Nr. 3 hinauslaufen, die Gradus culpae, mithin auch der Zufall als deren Verneinung, seien in jedem einzelnen Falle lediglich nach Beschaffenheit der Person, dann der Umstände und deren richterlicher Ermäßigung zu beurtheilen. Ist aber dieser Weg der einzige, auf dem sich eine glückliche Lösung des Zusammenstoßes von Schuld und Zufall erreichen läßt, so ergibt sich hieraus die weitere Folge von selbst, daß es rein unmöglich bleibt, mit Sicherheit im Voraus zu bestimmen, was erst bewiesen werden müsse, und wer es zu beweisen habe, welches Ineinandergreifen hier bestehe, durch welchen Umstand der Beweis des Klägers, wenn auch geliefert, sein Gewicht wieder umgekehrt verliere, oder durch welchen anderen der Gegenbeweis des Beklagten nochmals zu überwältigen sei. Diese künstlichen, oft nutzlos in die Höhe geschraubten,

eventuell und subeventuell ineinander verschlungenen und auf eine wechselweise Ueberbietung berechneten Beweisauflagen gleichen nur den gegen einander heranziehenden Steinen eines Brettspieles, von denen jeder, der die umgekehrte Farbe trägt, über seinen Vormann hinüberspringt und ihn dadurch aus dem Felde schlägt [10b]). Wenn die veranlassenden Vorgänge beim Anfange des Streites meistens selbst noch im Trüben liegen, wenn Hinterlist und Unachtsamkeit sich um die Wette in Lüge und Trug zu verhüllen suchen, wenn den Parteien bei allem guten Willen die Mittel fehlen, sich von dem, was geschah und wie es geschah, vorher eine genaue Kenntniß zu verschaffen, so kann die Zumuthung der Wahrheit und Verlässigkeit an ihre Angaben unmöglich so hoch gespannt werden, gleich beim ersten Eintritte in den Kampfplatz einer Verhandlung von ihnen eine treue und pünktliche Erzählung der Sache zu verlangen. Schleicht sich aber zufällig eine ungenaue Anführung ein, die dann mit zum Beweise ausgesetzt wird, so geht sie in Rechtskraft über, sie kann weder zurückgenommen oder verbessert, noch durch eine andere ersetzt werden, und das Fehlschlagen des auferlegten Beweises hat ganz ungerechter Weise den Verlust des ganzen Prozesses zur Folge. Auch die alte und mit so vielem Aufwande von Gelehrsamkeit erörterte Streitfrage, was von den streitigen Punkten von jedem Theile zu beweisen sei, ob die culpa vom Kläger oder die diligentia vom Beklagten, wer und wie lange er die Vermuthung hierin für sich habe, und durch welchen Zwischenfall sie auf den Gegner hinüberspringe, kann unmöglich in der Hypothese aus den einseitigen noch in der Luft schwebenden Anführungen der Theile mit Sicherheit zu einer Beantwortung kommen, welche ihr Ziel nicht verfehlt. Liegen dagegen die umständlichen Entwicklungen beider Theile mit ihren Beweisen zur Vergleichung vereiniget, liegt die Summe aller Behelfe und Beweisgründe gleichsam vor ihnen ausgeschüttet den Richtern vor Augen, ihrer Auswahl und Kritik unterbreitet, so muß es ein Leichtes sein, ohne langes Hin- und Herrechnen über Beweislast und Beweisthema, ohne den Hader über die Vermuthung für den Zufall oder das Verschulden, ohne bei der Abwägung von Beweis und Gegenbeweis, bei der Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Gegenbeweise sich lange aufzuhalten, aus dem versammten Eindrucke der zur Einheit verschwommenen Lichtpunkte die gründliche Ueberzeugung zu schöpfen,

---

10b) Siehe oben S. 300 Note 3 und S. 308.

wie die Sache war und wie sie hätte sein sollen, wer Fehler beging, wer sie vermeiden sollte, und was sie zu entschuldigen vermöge, wer sie zu vertreten habe und wem ein nicht aufgeklärter Punkt zur Last falle, wie groß der gestiftete Schaden und das vereitelte Interesse war, und wer, dann in welchem Maaße ein Jeder für den Ersatz hafte.

In keinem anderen Falle treten die Uebelstände des rechtskräftigen Beweisthema so auffallend hervor, als bei der Aquilischen Klage und bei der Verfolgung des Schadensersatzes. Wer auf den wundersam künstlichen und kläglichen Bildern, welche uns der deutsche Entschädigungsprozeß alle Tage in der Praxis vor die Augen führt, nur einigermaaßen mit seinem Nachdenken verweilet, der muß sich wohl von selbst die Frage stellen: Wozu nützt denn am Ende alles ängstliche Streben nach Gründlichkeit der Erhebungen und nach Ausschluß jeder Einmischung eines freien Dafürhaltens der Richter, wenn das in Aussicht stehende und nach aller Erfahrung allein erreichbare Ziel damit verglichen wird? Welche Wirren und welche Weitläufigkeiten haben wir nicht zu beklagen, welche mühsame und dennoch vergebliche Diskussion über Beweislast und Beweisthema! Welch' verkehrter Gang und welch' nutzloser Zeitverlust, welche Umtriebe der Widerspenstigkeit und welch' schwerfällige Schadensberechnungen im Urtheile! Hat sich der Prozeß Jahrzehnte hindurch fortgeschleppt und zu einem Berge von Akten aufgeschichtet, wie ungewiß sind dann die Ausgänge, wie unbefriedigend die Ergebnisse, wie kümmerlich die Ernte im Ausspruche! Als den ewigen und unvermeidlichen Schlußstein finden wir überall wieder den Eid, einen Quantitätseid des Klägers, einen Reinigungseid über Nichtwissen und Nichtglauben des Beklagten, der vermöge der üblichen Klausel: „oder wie viel weniger" die ganze Aestimation in seine Hände niederlegt, Eide nach Dutzenden, Eide wie die Antiphonen eines Kirchengesanges, diese abgenützten Stelzfüße einer sich den freien und geraden Gang versagenden Urtheilsfindung! Glaubt der Kläger sein lange ersehntes Ziel endlich erreicht zu haben, so wirft ihn ein Schwarm der leichtfertigsten Restitutionsgesuche, wie Fledermäuse von gewissenlosen Meineiden über neues Auffinden auf den Flügeln getragen, auf den Anfang des Kampfes zurück und verhindert den Eintritt aller Rechtskraft des Urtheiles. In welch' schmähliche circuitus inextricabiles ganz im Sinne der oben an der Spitze stehenden Gesetzesstelle findet sich nicht auf jedem Schritte der Eifer der Richter verwickelt, und wie

leicht, wie nahe gelegen wäre die Abhilfe zu finden, könnten sich je unsere Gesetze entschließen, ohne Einbuße der Gründlichkeit mit den Klagen auf Schadensersatz nach einem bekannten Sprichworte: „kurze Prozesse zu machen?" Diese Kürze und schnelle Förderung gibt sich im franz. Prozesse noch besonders kund in der gleichzeitigen Behandlung der Litisdenunciationen und der Regreßklagen. Haftet vielleicht der einen oder der anderen Partei ein Dritter für die Gewährschaft, so läßt sie denselben zum Streite beiladen, wo sodann dieser Folgepunkt immer mit der Hauptsache verhandelt und im nämlichen Urtheile entschieden wird. Der gewöhnliche Eingang der Entscheidungsgründe lautet in solchen Fällen ganz einfach so: Le tribunal, vu la connexité, joint les causes, et faisant droit entre toutes les parties... u. s. w. (Anh. I. Nr. 228, 231, 232 u. 235.)

9) Die summarische und zusammenfassende Behandlung des französischen Entschädigungsprozesses tritt natürlich in der Einfachheit der Entscheidungsgründe zum Urtheile wieder hervor. Wo die Größe des Schadens nur nach einem natürlichen und billigen Anschlage abgewogen wird, da ist es unmöglich, dieselbe durch positive Gründe zu rechtfertigen und lange auseinander zu setzen. Die Anhaltspunkte sind hier so vielseitig und oft so enge ineinander verflochten, daß eine genaue Entwicklung des Ideenganges in den Gründen nichts dazu beitragen würde, die Einsicht in die Gerechtigkeit des Ausspruches um etwas weiter zu bringen. Der ganz feststehende Entscheidungsgrund, welcher nur berührt, daß das Gericht die nöthigen Anhaltspunkte vor Augen liegen habe, oder umgekehrt, daß sie ihm noch fehlen, oder auch, daß es sich von der Zufügung eines Schadens gar nicht überzeugen könne, wird daher gewiß auch für vollkommen ausreichend erklärt werden müssen. Als beachtenswerthe Ausnahme läßt sich der im Anh. I. Nr. 278 enthaltene Fall anführen, wo das Erkenntniß der II. Instanz die Berechnung des Schadens auf sehr sinnreiche Combinationen stützte.

10) Wie im deutschen, so tritt auch im französischen Prozesse das Begehren nach Zuerkennung des Schadensersatzes in zwei Entwicklungsformen hervor, als Haupt- und als Nebenschaden; beinahe alle hieher einschlägigen Fälle des I. Anhanges gehören in jene erste Klasse. Der Nebenschaden, der in dem Streite über einen anderen Gegenstand nur gelegenheitlich mit ersetzt verlangt wird, ist entweder der außergerichtliche, z. B. wenn auf die Erfüllung eines

Vertrages und auf Entschädigung wegen des bisherigen Saumsales geklagt wird, oder der gerichtliche, der eigentliche Prozeßschaden. Der letztere, in der bayer. GO. K. XVII. §. 4 Nr. 7 besonders behandelt, obwohl in der Praxis mit den Prozeßkosten zuweilen zusammengeworfen, entfaltet im franz. Prozesse ein noch viel regeres Leben; auch für ihn bildet indessen der summarische und approximative Anschlag die Regel. Das Zuerkennen von Prozeßschäden in einem oft sehr ergiebigen Maaße ist dort das natürliche und sehr wirksame Repressivmittel, den Streitsmuthwillen zu beahnden und die Lust zu leichtfertigen Umtrieben oder grundlos vervielfältigten Rechtsmitteln zu verleiten, — ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur. §. 1 Inst. de poena tem. litig. (4, 16). Auch nach C. 4 de lege Aquil. (3, 35) konnte derjenige, der den gestifteten Schaden böswillig abläugnet, in den doppelten Ersatz desselben verurtheilt werden. Was ist auch die Leistung eines ungerechten Widerstandes, die Ausbeutung unerlaubter und verwerflicher Mittel zur Streitsucht und zum Aufhalten des Sieges, der schamlose Vorschub von Abläugnungen oder ganz zwecklosen Vorbehalten, was sind sie anders, als die Zufügung eines neuen Unrechtes, eines damnum injuria datum? Und warum sollte der widerspenstige oder tollkühne Prozeßkrämer vor den Schranken des Gerichtes nicht ebenso zum Ersatze des Verdrusses und der Entbehrung, eingeflößter Befürchtungen, gehabter Mühewaltungen und getragener Sorgen, in die er seinen Gegner bringt, angehalten, warum nicht mit einer gleich strengen Privatbuße hiefür abgewandelt werden, als derjenige, der ihm in der Hitze des Zornes einen Schimpf anthut, oder seinem Gewerbe einen Abbruch bereitet? (Siehe oben S. 291 Nr. 5.) Der Friede der Wahrheit, die Pflicht, sich friedfertig zu verhalten und in die Vorschriften des Prozesses zu fügen, sind gewiß eines Schutzes ebenso benöthiget und darauf zu zählen berechtiget, als der Friede des Rechtes überhaupt, die Haltung des gegebenen Wortes, das unsichtbare Band von Treue und Glauben, welches den öffentlichen wie den Privatverkehr beherrscht. (Siehe oben S. 196 litt. i.) Wenn dermalen der Besitzer eines einträglichen Gewerbes, von dem er lebt, aus dem er jährlich 2000 fl. Nutzen zieht, um seinen Gläubigern den Zwangsverkauf zu erschweren, durch seinen Anwalt einen unzulässigen Recurs einreichen läßt, der die reife Vergantung um zwei Jahre aufhält, so trifft für diesen Muthwillen den Anwalt am Ende eine Geldbuße von 10, höchstens 20 fl., die ihm zehnfach wiedererseßt

wird, während seine Partei selbst daraus gegen 4000 fl. Nutzen zieht; wo bleibt bei dieser Folge der gesunde Sinn zurück? Was kann es nützen, eine solche Strafe zu verhängen, und wie läßt sich eine Wirkung davon erwarten? Ließe man dagegen den verstockten und Hohn sprechenden Schuldner eine Verurtheilung in 1500 bis 2000 fl. Schadensersatz im Hintergrunde erblicken, woran, wenn er sie nicht bezahlen kann, ein Personalarrest auf ein bis zwei Jahre als Mittel der Hilfsvollstreckung hinge, so wird ihm gewiß alle Lust zu solchen Aufzügen gleich von vorne herein vergehen. Es liegt ganz klar in der Natur eines ernst gemeinten Repressivmittels, daß es ein größeres Leid zufügen müsse, als der Nutzen beträgt, den der damit Bedrohte aus der Uebertretung ziehen kann, und welchen derselbe beinahe immer in sicherer Aussicht stehen hat [11a]). Wer sich dem letzten Hilfsdiener der öffentlichen Macht mit Gewalt widersetzt, wird so schwer bestraft; warum sollte die beharrliche Widersetzlichkeit mit List, an der ganzen Rechtspflege begangen, ein milderes Loos treffen? (Vgl. Anh. I. Nr. 324.)

Der wahre Stifter der französischen Jurisprudenz hinsichtlich der Prozeßschäden war Franz I. in einer Ordonnanz v. 1539, wo derselbe Art. 88 verordnete, daß in allen Sachen die Prozeßschäden zuerkannt und durch das nämliche Erkenntniß auf eine bestimmte Summe taxirt werden sollen, um die Verläumdung und die Keckheit desjenigen, welcher in der Instanz unterlag, nach Beschaffenheit oder Wichtigkeit der Sache und der Parteien zu beahnden, vorausgesetzt, daß diese Prozeßschäden von demjenigen, der darunter litt, auch gefordert waren. Pigeau, der in seiner Procéd. civ. II, 3 Tit. V. Chap. 1 jene Stelle anführte, knüpft daran die Bemerkung an: „Wenn der böse Glauben so offen am Tage liegt, daß die Partei nicht zu entschuldigen ist, dann muß die Rechtspflege strenge gegen dieselbe auftreten, und selbst gegen den Fürsprecher, der sie vertheidiget hat, wenn die Art, wie er zu Werke ging, seine Mitschuld beweiset. Dieses ist das beste Mittel, um die Frivolität und die Prozesse selbst im Zaume zu halten. Der Art. 89 jener Ordonnanz v. 1539 fügte hinzu, daß, wenn die Richter wegen Verläumdung, Vermessenheit oder des Gebrauches

---

11a) Nach den Anmerk. zum bayer. LR. IV. 16 §. 6 Nr. 9 litt. b fand nach röm. Rechte eine actio in factum de calumniatoribus statt, wenn uns ein muthwilliger Prozeß an den Hals geworfen und dadurch Schaden verursacht wurde. Vgl. das dort angeführte fr. 1 de calumn. (3, 6).

von Winkelzügen eine Partei zum Schadensersatze verurtheilen, derselbe im nämlichen Urtheile nach der Beschaffenheit und Größe der Sache oder der Parteien sogleich angesetzt werden solle; die Ursache hievon besteht darin, damit es in einem solchen Falle leicht werde, das Unrecht in Anschlag zu bringen, was eine Partei erleiden konnte, und daß überdies jene Prozeßschäden häufig mehr eine Strafe als einen wahren Rückersatz bilden."

Auch Carré Qu. 544 ter bemerkt hiezu in gleichem Sinne, „es könne leicht sein, daß eine Partei, überzeugt von dem Ungrund ihrer Sache, dieselbe nur in der vexatorischen und sträflichen Absicht verfolge, um ihren Gegner zu beunruhigen und zu quälen; eine Regung des Hasses, des Neides oder kleinlicher Prozeßkrämerei könne das Vehikel ihrer ganzen Handlungsweise sein. In diesem Falle sei nun dieselbe zum Schadensersatze verhaftet; denn jener schlimmen Eingebung folgen, sei ein Fehltritt, dieser Fehltritt verursache einen Schaden, verpflichte also zu dessen Vergütung. So habe der Gerichtshof in Caen den 15. Nov. 1814 einen Schuldner in eine Entschädigungssumme verurtheilt, welcher auf jedem Schritte einer gegen ihn gerichteten Zwangsversteigerung die Incidentpunkte vervielfältigte, blos um die Verfolgung aufzuhalten. Auch der Cass.-Hof habe durch seine Erkenntnisse vom 23. Nov. 1836 und 11. Januar 1837 die Aussprüche von Appellationsgerichten aufrecht erhalten, welche die unterlegene Partei deshalb zum Schadensersatze verurtheilt hatten, weil ihre Klage vexatorischer Natur gewesen. Die ganze Frage löse sich daher in jedem einzelnen Falle nur durch eine besondere Würdigung der Thatumstände [11b])."

11) Ein letztes aber wichtiges Hilfsmittel, womit sich diese

11b) Was würde z. B. geschehen, wenn einer der oben im Eingange des VIII. Abschnittes (S. 379) erwähnten Musterfälle sich plötzlich an ein franz. Appell.-Gericht devolvirt fände? Der Beklagte würde auf kurze Frist in die öffentliche Sitzung geladen, und hier, er mag erscheinen oder nicht, ohne sich bei seinen vielen Voreinreden aufzuhalten, in der Hauptsache nach den Anträgen der Klage und in alle Kosten des Prozesses, sowie nebenbei wegen chikanöser Kunstgriffe zum Verschleife der Sache in 10,000 Fr. Schadensersatz oder Genugthuung an den Kläger, zahlbar binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Beitreibung durch Personalarrest verurtheilt, welcher letztere auf die Dauer von fünf Jahren erstreckt werden kann, und die Folge nach sich zieht, daß der saumselige Schuldner nach der Hausordnung des Schuldthurmes täglich nur 28 kr. verzehren darf. Binnen vier Wochen könnte das Urtheil, des eingewendeten Cassationsrecurses unerachtet, vollzogen sein.

Hinweisung auf die Vorzüge des französischen Entschädigungsprozesses füglich zum Abschlusse bringen läßt, ist auf der einen Seite die schnelle, bündige und gründliche Erledigung dieses privatrechtlichen Nebenpunktes in dem Strafurtheile selbst, wo alle Mittel, welche Licht über die Sache verbreiten, der Frage der gebührenden Genugthuung von selbst als gemeinschaftlich mit zuwachsen, im offen stehenden Wege des Adhäsionsprozesses, auf der anderen Seite aber die Zulässigkeit und wirksame Benützung des Personalarrestes als Vollstreckungsmittel, welches sich vor Allem als sehr heilsam zur Beitreibung von Forderungen bewährt, welche aus Gewaltthat oder Arglist, aus vorsätzlichem Verschulden oder Wortbrüchigkeit ihren Ursprung herleiten. Der Art. 126 C. Pr. überläßt es ausdrücklich der Umsicht der Richter, auch außer den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen in Civilsachen den Personalarrest zur Beitreibung des Schadensersatzes, in welchen Jemand über den Belauf von 300 Fr. verurtheilt ist, sowie des Ersatzes von Rechnungsresten der Vormünder, Massecuratoren oder Stiftungsverwalter als Executionsmittel für statthaft zu erkennen; denn für Verurtheilungen in Straf- und Handelssachen stund derselbe ohnedies bereits von Rechtswegen offen. Das Endurtheil setzt in dergleichen Fällen gleich zum voraus die Zeit zwischen ein und zehn Jahren fest, auf welche die Haft als Impuls zur Bezahlung verhängt und fortgesetzt werden kann; der Ablauf dieser Zeit ist aber natürlich kein Mittel, die Schuld selbst zu tilgen; dem Gläubiger bleibt immer die Wahl unbenommen zwischen dem Beschlage auf die Güter seines Schuldners oder dessen Einsperrung als einem sehr kräftigen Mittel, ihn selbst oder seine Angehörigen zur Abführung der Schuld zu bestimmen. So traf z. B. in dem Falle des Anh. I. Nr. 251 das boshafte Weib, welches fünf seiner Nachbarn durch anonyme Briefe bei der Obrigkeit verläumdet, sie in Untersuchung und auf mehrere Monate in Untersuchungshaft gebracht hatte, der Arm der Gerechtigkeit in demselben Urtheile mit einer vierfältigen Schwere. Sie wurde zu ein Jahr Gefängniß und in 300 Fr. Geldbuße verurtheilt, das war die öffentliche Strafe, allein dasselbe Gericht verurtheilte sie auch noch gegen zwei der Beschädigten, die lange gesessen waren und sich dem Strafprozesse als Civilpartei anschlossen, zu 2000 Fr. Schadensersatz, die drei übrigen können denselben mit einer Civilklage noch immer verlangen. Zahlt sie jene 2000 Fr. nicht freiwillig, so können sie die Kläger auf zwei Jahre einsperren lassen; sind diese erstanden und es fällt ihr nun

erst eine reiche Erbschaft zu, so können aus dieser die 2000 Fr. noch immer durch eine Pfändung beigetrieben werden[11c]).

Aus den bisherigen Bemerkungen wird man sich leicht überzeugen können, um es mit einem Worte zu sagen, daß sich der französische Entschädigungsprozeß zu dem deutschen beiläufig ebenso verhalte, wie die Wirksamkeit und die Erfolge der neuen Strafrechtspflege in Bayern und einem großen Theile von Deutschland als Repressivmittel der Verbrechen seit 1849 zu der kläglichen Impunität, die in früheren Zeiten ganz regelmäßig die Oberhand hatte, und die man als Etwas, was sich einmal nicht ändern lasse, gleichgültig hinzunehmen gewöhnt war.

Wenn wir nun hier am Schlusse nochmals umkehren, und die durchlaufene Bahn der Beobachtungen mit einem Blicke überschauen, was finden wir auf der einen Seite, und was auf der anderen? Dort eine schnelle, natürliche und kräftige Verfolgung des begangenen Unrechtes, eine sorgfältige Ergründung der Schuld neben einer billigen Abwägung, in wie weit der Zufall oder ein eigenes Versehen des Beschädigten seine Hand mit im Spiele hatten; dort eine umsichtige Beurtheilung des Zusammenhanges von Ursache und Wirkung, eine strenge Verantwortlichkeit für gestifteten Schaden und eine ihm auf dem Fuße nachfolgende Vergütung seiner empfindlichen Folgen an denjenigen, der ihn erlitten hat, nach einem freien und aus freier Ueberzeugung geschöpften Anschlage. Hier in unserer Mitte eine fast nur auf ihre nominelle Bedeutung eingeschrumpfte und mühsam fortschleichende Entschädigungsklage aus dem Aquilischen Gesetze, auf jedem Schritte von Bedächtlichkeiten in ihrem Laufe aufgehalten und für denjenigen, der sich ein wenig auf die Voraussicht der Ausgänge versteht, gleich von vorne herein des Unsternes gewiß, der sie am Ende erreicht, mit Hemmnissen aller Art im Kampfe, und dennoch, sie zu bewältigen, ohne Macht; eine Klage, die von unverantwortlichen Sachverständigen am Gängelbande geführt, von unbedachten Eidschwüren an das Schlepptau genommen, von endlosen Wirren bis zum Ueberdrusse nutzlos gemacht wird, indem ihre kümmerliche Ernte zuletzt meistens in den verglichenen Kosten aufgeht und ihr unbefriedigender Ausfall sich verschämt hinter dem Satze verstecken muß: non jus deficit sed pro-

---

11c) Dieselbe Bemerkung gilt auch von der Mißhandlung des Kaffeekellners und der Ohrfeige im Palaisroyal. Anh. I. Nr. 215 und 249.

batio. Auf welcher Seite ist hier die Natur und auf welche tritt die Gerechtigkeit hinüber?

Mehr als alles Uebrige, was sich hier noch sagen ließe, wird über die ganze Größe dieser Gegensätze die Vergleichung der deutschen und französischen Entschädigungsprozesse Licht verbreiten, welche sich unten in den beiden Anhängen einander gegenüber gestellt finden; war je der Fall gegeben, von einer ganzen Institution zu sagen, an ihren Früchten sollt Ihr sie erkennen, so ist es gewiß derjenige, der uns hier so nachdrücklich vor Augen liegt. Ganz mit Absicht wurde deshalb eine größere Anzahl französischer Urtheile über Schäden und Interessen in die angehängte Sammlung mit aufgenommen, um ein recht lebendiges Bild von der kurzen und vollkräftigen Behandlung dieser Klasse von Rechtshändeln der Anschauung vorzuführen. Denn es kömmt hier weniger darauf an, nur das Verfahren mit klaren Umrissen in die Vorstellung einzuzeichnen, als vielmehr, einen wesentlich verschiedenen Rechtszustand nach allen Seiten hin wiederzugeben und der deutschen Erfassung zugänglich zu machen. So mancher von uns reiste vielleicht unbekümmert durch das schöne Frankreich und überließ sich in glücklicher Sorgenlosigkeit den wechselnden Vergnügungen seiner geräuschvollen Hauptstadt, ohne eine Ahnung davon zu haben, welch' strenge Verantwortlichkeit für einen Fehltritt oder eine Unachtsamkeit, die er leicht begehen konnte, über seinem Haupte und seiner Börse schwebte; deshalb wird es gewiß nicht ohne Nutzen sein, die Aufmerksamkeit auf diesen Abstand hingeleitet zu haben. Der Belagerungsstand, welchen oben der IV. Abschnitt (S. 191) als das letzte Mittel für die Rettung des deutschen Civilprozesses vorschlug, besteht in Frankreich für Beschädigungen durch Wortbruch und schuldhaftes Gebahren bereits in einer wirklichen Permanenz. In den hundert und einigen vierzig Entschädigungsprozessen, welche der erste Anhang in seiner siebenten Gruppe (Nr. 207—324 mit den Bemerkungen) zusammentrug, wurden weit über eine Million Franken an Schäden und Interessen zuerkannt und gewiß auch bezahlt, ohne nur die darin begriffenen Leib- und andere Renten mit einzurechnen; in deutschen Gerichten wäre es bei all' unseren Subtilitäten mit harter Noth gelungen, hievon 5 bis 10,000 fl., d. i. ein bis zwei Prozent flüssig zu machen. Ist dieser Unterschied wohl ein Glück für unser Land zu nennen, ist er der beneidenswerthe Triumph einer angestammten und treu bewahrten Freiheit? Auf welcher Seite steht hier die Gerechtigkeit und auf welcher nur die Billigkeit? Die Alten stellten

sich die Themis als eine Göttin mit verbundenen Augen vor; die Art, wie die französischen Gerichte die Forderungen von Schadensersatz würdigen und abwägen, ist der von dem glänzendsten Erfolge gekrönte Versuch, der Gottheit jene unglückliche Binde wieder abzunehmen, und es ihr möglich zu machen, daß sie ihre Waage mit einem unaufhaltsamen Scharfblicke siegreich empor hebe.

Wer mit seinem forschenden Blicke auf der Mannigfaltigkeit der hier gesammelten Fälle verweilt, und die Seitenstücke aus den Entscheidungen beider Nachbarländer einer Vergleichung unterwirft, der wird sich bald überzeugen müssen, daß schon in den Prinzipien des französischen Rechtes die Druckkraft der bürgerlichen Verantwortlichkeit für den Schadensersatz weit verschieden ist von derjenigen, wofür sich die deutsche Rechtspflege empfänglich zeigt, und daß sie weit über den Maaßstab hinausgreift, den unsere gerichtlichen Sitten und Gebräuche hiefür als unübersteiglich in Bereitschaft gesetzt haben. Um jene vollkräftige Handhabung des Rechtes auf Entschädigung in Deutschland auf eine ähnliche Höhe hinaufzuführen, würde es nicht genügen, das Verfahren auf einen übereinstimmenden Fuß gesetzt zu haben, es müßte erst in dem Civilrechte selbst eine neue Verpflichtung, für den Schadensersatz zu haften, auf einer breiteren Basis geschaffen und mit Ueberlegenheit über unsere bisherigen Angewöhnungen der Milde zum Gesetze erhoben werden. Wird man aber diese schaffen wollen, wird man sie nur bis zur Hälfte ihrer jenseitigen Tragweite zu schaffen auch im Stande sein? Noch ist wenig Aussicht dazu vorhanden [12].

Die weite Kluft, welche dermalen den Rechtszustand beider Länder in Civilsachen von einander abgesondert erhält, würde sich gerade hier nur mit großer Mühe ausfüllen oder überbrücken lassen; die Gründe hiefür liegen tiefer, als auf den ersten Anblick erscheinen möchte. Die deutsche Rechtsansicht ist auf diesem Punkte wesentlich fatalistisch, in dem Glauben an ein unsichtbares Walten des Zufalles oder die geheimen Tücke unterirdischer Gnomen befangen. Sie findet das Aufbieten eines mittleren Grades von Wachsamkeit und Sorgfalt viel übereinstimmender mit den deutschen Sitten und dem deutschen Wesen, wendet beifällig ihre Sympathien mehr dem sorgenlosen Vorgehen auf dem geraden Wege zu, jener

12) Der Verfasser ist zum Voraus darauf gefaßt, in seiner Anpreisung dieser Strenge des franz. Rechtes auf weit mehr Widerstand zu stoßen, als mit den eingreifenden Maaßregeln, die er im IV. Abschnitte (S. 193 ff.) gegen die Rechtsanwälte vorschlug, um sie zur Respectirung des Wahrheitsfriedens zu vermögen.

glücklichen Unbekümmerniß, welche harmlos auf die Wege der Vorsehung rechnet, und sie zeigt sich beinahe mißtrauisch gegen eine auf die Spitze getriebene Vorsicht. Darum ist sie stets duldsam gegen den Fehltritt aus Unachtsamkeit, versöhnlich gegen das Aufwallen der Leidenschaft, voll Nachsicht für den Wankelmuth im Halten der Verträge, vorherrschend zum Mitleiden mit der Haftung für begangenes Versehen gestimmt, meistens leichtgläubig für die Vorwände seiner Entschuldigung und nur schwer zu dem Entschlusse zu vermögen, die ganze Last seiner Folgen auf denjenigen zu wälzen, dem die Schuld daran zur Last fällt. Fast sollte man glauben, der geheime Wahlspruch, der diese laue Pflege der Entschädigungsklage in deutschen Gerichten durchweht, sei das bekannte: „Leben und leben lassen, Gnade für mich, Gnade für Dich, Robert!" Was ist nun die nächste und was die unvermeidliche Folge dieser Richtung der Geister und des Stillstandes jeder Macht, die denselben einen neuen Antrieb verleihen könnte? Eine stehende Amnestie für zugefügtes Unrecht, das Ruhen aller wirksamen Haftung für den Schaden aus Nachlässigkeit auf der einen, und der bürgerlichen Verantwortlichkeit für Arglist und Gewaltthat auf der anderen Seite, die Freiheit des Wortbruches in Haltung der Verträge, die Sicherheit der Eigenmacht, der gewisse Triumph des übermüthigen Frevlers, der aller Ordnung den Rücken kehrt, dem Verbote aller Gesetze Trotz bietet, mit einem Worte, eine beinahe vollständige Ungestraftheit und Unerreichbarkeit des bürgerlichen Vergehens. Man kann mit gutem Grunde sagen, in Deutschland besteht eine wirksame Rechtspflege, um zum Schadensersatze zu verhelfen, so gut als gar nicht.

Wo der Nothstand, wie hier, am dringendsten ist, da liegt oft die Abhilfe am nächsten. Nur die freie Beurtheilung der Schuld und der Haftung für den Ersatz des gestifteten Schadens, nur der freie und nicht mehr durch formale Regeln gebundene Anschlag seiner Größe kann hier zu einem glücklichen Ziele führen. Das einzige vernünftige Auskunftsmittel, welches den bezielten Erfolg auch verbürgt, besteht darin, die Zubilligung alles Schadensersatzes einem arbitrium boni viri zu übertragen und dieses der Competenz der ordentlichen Gerichte mit einzuverleiben. Den ängstlichen Zweiflern aber, welche hierüber bedenklich den Kopf schütteln und unter den genügenden Anhaltspunkten der französischen Richter zum Arbitriren nichts als kecke Hypothesen und bodenlose Möglichkeiten wittern, die Alles für baare Willkühr erklären, was nicht von Zeugen oder Sachverständigen bestätiget, durch Augenscheine erhoben

oder durch Eidschwüre geoffenbaret ist, denen läßt sich mit der schönen und praktischen Lehre antworten, die uns gerade in der Richtung auf diesen Gegenstand Julian in fr. 51 §. 2 ad leg. Aquil. (9, 2) aufbewahrt hat: Multa autem Jure civili, *contra rationem disputandi*, *pro utilitate communi* recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest.

Schluß.

Un critique est obligé, d'avoir toujours raison.
Voltaire, Quest. sur l'Encyclop. Art. *Quisquis.*

Die vorstehende Erörterung ist an ihrem Ziele angelangt, und fürchtet nicht, einer gerechten und unparteiischen Würdigung Stand zu halten. Es erübriget nur noch, durch die Beigabe zweier Anhänge auch den eindringlichen Beweis von demjenigen zu liefern, was dieselbe über die Gestaltung der radikal verschiedenen Rechtszustände in den Ländern dies- und jenseits des Rheines anführen zu können glaubte. Ueber den Plan und die Bestimmung dieser beiden Anhänge hat sich die Einleitung bereits ausgesprochen; auch kann hierüber von selbst nicht leicht ein ernstlicher Zweifel bestehen.

Der erste Anhang, die „Mittheilungen aus der französischen Praxis" umfassend, sollte gleichsam ein Panorama von Freskogemälden aus den gerichtlichen Sitten und Gebräuchen des französischen Rechtslebens aufstellen; in der That scheint auch dieser Gegenstand eine größere Aufhellung zu verdienen, als diejenige ist, welche ihm bisher zu Theil wurde. Man hat die Sitten und Gewohnheiten des Alterthumes genau beschrieben, soweit nur immer die Forschung vorzudringen vermochte; man verfolgt die Gebräuche und den ganzen Kulturzustand der fremden Völker unter den entferntesten Himmelsstrichen noch immer mit fortwährend steigender Theilnahme; die Erzählung von Mord- und Raubgeschichten, welche vor den französischen und anderen fremden Gerichten zur Verhandlung kommen, darf in weiteren Kreisen auf eine günstige Aufnahme und gespannte Aufmerksamkeit zählen. Dem Allem gegenüber sollte nun das Aufrollen des Vorhanges, hinter welchem uns die Erscheinungen einer fremden Rechtsbildung auf dem Gebiete des Privatrechtes so nahe und dennoch so verborgen liegen, nicht im Stande sein, bei der Klasse der Rechtsgelehrten und der Richter ein lebendiges Interesse zu erregen, für Staatsmänner und andere denkende Köpfe ein willkommenes Feld der Abspieglung zu eröffnen? Diese Samm-

lung führt ihre Leser gleichsam durch eine lange Vorhalle von Bildern und Ornamenten zu dem neuen Tempel der Gerechtigkeit, der denn doch einmal kommen muß und gewiß kommen wird.

Der Bewanderung mit dem bedächtlichen Gange und den endlosen Verwicklungen des deutschen Rechtslaufes wird es zwar ein Leichtes sein, jedem Falle, der sich hier wiedergegeben findet, einen flüchtigen Umriß des Verlaufes und des Ausganges gegenüber zu stellen, welchen ein ähnlicher Streithandel in unserem eigenen Lande genommen hätte; eine Aufforderung, sich hierin zu versuchen, dürfte am Schlusse der einzelnen Nummern für Jedermann von selbst gegeben sein, der dieser Sache einige Theilnahme zuwendet. Dennoch wurde es angemessen befunden, in dem zweiten Anhange, dem „Portfolio der deutschen Praxis" durch eine kleine Auswahl deutscher Urtheile aus wirklich vorgekommenen Fällen der Vergleichung entgegen zu kommen, und mit Hilfe dieser wenigen Streiflichter aus dem vaterländischen Rechtsleben das Gewicht der Gegensätze besser fühlbar zu machen, welches bestimmt ist, das Urtheil hierüber zum Abschlusse zu bringen. Mit Unrecht würde man dieser zweiten Sammlung den Vorwurf machen, sie sei nur darauf ausgegangen, einige recht auffallende Zerrbilder der deutschen Praxis der Verunglimpfung preis zu geben, und damit die Vorstellung irre zu führen; die hier gewählten Beispiele geben vielmehr einen treuen Abdruck der ganzen Haltung, welche die deutsche Rechtsprechung durchgehends, an der Donau und der Spree, an der Elbe wie an der Isar einnimmt; unter jedes derselben könnte man die Worte setzen: Nec pluribus impar. Um den Vorwurf einer Diatribe gegen den deutschen Civilprozeß durch ein argumentum ad hominem für immer zum Schweigen zu bringen, wird ein flüchtiger Blick auf diese Illustrationen genügen. Wo die Thatsachen von selbst sprechen, da muß die Widerrede bestürzt verstummen.

Nichts vermag gewiß der praktischen Tendenz der ganzen vorstehenden Abhandlung einen besseren Nachdruck zu geben, als eben eine solche Vergleichung von dem natürlichen und rationellen Standpunkte aus. Die Durchsicht der wenigen Fälle des zweiten Anhanges allein wird fast unwillkührlich an die Worte Ulpian's in fr. 197 de V. S., obwohl in einem sehr uneigentlichen Sinne, erinnern: Indicasse est detulisse, arguisse, accusasse et convicisse. *)

*) Et tu, mi fili Brute?

Berichtigungen.

Seite 4 Zeile 17 v. u. statt 67, lies 57.
„ 4 „ 18 v. u. statt novae, lies vivae.
„ 21 „ 10 v. o. statt reverta, lies remota.
„ 109 „ 14 v. o. statt vorschiebenden, lies verschiebenden.
„ 111 „ 4—6 v. o. statt: welches bekanntlich .... niemals erfolgt ist, lies: welches dann erst den 20. April desselb. Jahres erfolgt ist.
„ 111 Note 27 Zeile 4 statt Vergleich, lies Ausspruch.
„ 111 Note 27 Zeile 6 statt: für die kaiserliche Vermittlung, lies: für das kaiserliche Urtheil.
„ 145 Zeile 7 v. u. statt ob, lies ab.
„ 175 Note 52a Zeile 18 v. u. statt vorzubringen, lies vorbringen.
„ 189 Zeile 11 v. u. statt Viaggia sicuro, lies sicheres Geleite.
„ 208 „ 19 v. o. statt ebendas., lies Maurer a. a. O.
„ 217 „ 5 v. o. statt verstorbene, lies verstorbenen.
„ 275 „ 17 v. u. ist nicht vom Anfange an das Ende der Zeile zu setzen.
„ 302 „ 1 v. o. statt daran, lies deren.
„ 323 „ 6 v. u. st. hatte, l. hat.
„ 506 „ 2 v. u. st. erboten, l. erbeten.
„ 521 „ 11 v. o. st. Ausbrütung, l. Ausbeutung.
„ 541 „ 4 v. u. st. in den öffentlichen Zimmern, l. in der öffentlichen Sitzung.
„ 560 „ 14 v. u. st. gebundene, l. gefundene.
„ 567 „ 6 v. o. st. jeden, l. jenen.
„ 568 „ 10 v. o. st. offen., l. offen:

J. N. Hartmann'sche Buchdruckerei in Augsburg.